

LUIZ GUSTAVO MARQUES

**OS EMBARGOS DE TERCEIRO COMO INSTRUMENTO
EFICAZ AO JURISDICIONADO PARA CONCRETIZAÇÃO
DO AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO**

UNIMEP

2008

LUIZ GUSTAVO MARQUES

**OS EMBARGOS DE TERCEIRO COMO INSTRUMENTO
EFICAZ AO JURISDICIONADO PARA CONCRETIZAÇÃO DO
AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Metodista de Piracicaba, elaborada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida.

UNIMEP

2008

Ficha catalográfica

MARQUES, Luiz Gustavo

Os embargos de terceiro como instrumento eficaz ao jurisdicionado para concretização do amplo acesso ao Poder Judiciário/Luiz Gustavo Marques – Piracicaba, 2008.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, 2008.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida.

1. Embargos. 2. Terceiro. 3. Acesso. 4. Justiça. 5. Código. 6. Processo. 7. Civil.

À

BANCA EXAMINADORA

**TRABALHO DE QUALIFICAÇÃO PARA O CURSO DE MESTRADO
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL.**

TÍTULO: Os Embargos de Terceiro como instrumento eficaz ao jurisdicionado para concretização do amplo acesso ao Poder Judiciário.

AUTOR: Luiz Gustavo Marques.

ORIENTADOR: Jorge Luiz de Almeida.

COMISSÃO JULGADORA:

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida.

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida.

Prof. Dr. Eurico Ferraresi.

A BANCA APÓS EXAMINAR O CANDIDATO, CONSIDEROU-O _____, COM A
NOTA _____.

PIRACICABA, 03 DE DEZEMBRO DE 2008.

Dedico essa obra, com todo amor e carinho, à pessoa mais estimada e querida que conheço e tenho o prazer de conviver durante todo o transcorrer de minha existência: minha avó materna Aparecida Murani Meneghin, com votos de longevidade e saúde, augurando-lhe toda a sorte deste mundo.

À Isabela, minha sobrinha querida, fonte de alegria e ternura.

Sem a participação de algumas pessoas, a feitura da dissertação em tela afigurar-se-ia impossível.

Primeiramente, agradeço ao nobre e bom Deus, por ter me proporcionado oportunidade e privilégio de cursar estudo em nível de Mestrado, em um país cuja população universitária atinge índices irrisórios, resguardando-me de coragem e força suficientes para não fraquejar diante das dificuldades vivenciadas no dia-a-dia, possibilitando-me concluir o presente trabalho.

Agradeço meus familiares, principalmente meus pais José Paulo Marques e Elizabeth Meneghin Marques, os quais muito orgulhosamente tenho a honra de seguir na trilha por eles traçada, empenhando-me com coragem e dedicação e sem titubeações na busca de meus ideais, evitando sempre o caminho mais cômodo e parcimonioso da desistência.

Aos meus queridos amigos e amigas, alicerces do meu ser, sustentáculos máximos de toda a minha existência, pessoas pelas quais e para as quais eu almejo lutar dia após dia, rumo à realização profissional e pessoal.

Em especial, à Márcia Maria Lúcio, pela compreensão e incentivo ministrados durante todo o tempo necessário à realização do presente trabalho.

Agradeço ao exímio orientador, professor doutor Jorge Luiz de Almeida, cujos ensinamentos, sempre destoados dos ranços da arcaica processualística, fizeram-me enxergar que o instrumento estatal de composição de litígios não pode ser utilizado de forma outra senão visando a efetividade da realização dos direitos subjetivos dos interessados.

Ao professor doutor e Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, a quem tomo a liberdade de intitulá-lo de meu co-orientador, tamanha fora a preocupação e as sugestões firmadas pelo exímio jurista para tornar possível a elaboração e posterior defesa da presente dissertação.

Por igual, agradeço ao professor doutor Richard Paurlo Pae Kim, pela solicitude em aceitar prontamente o pedido para participar da minha qualificação, como também, pelas precisas sugestões dadas durante a banca, todas aqui acatadas, visando enriquecer o trabalho final apresentado.

Com felicidade, meu muito obrigado ao professor doutor Eurico Ferraresi, a quem tive a honrar de estagiar durante pouco, mas proveitoso período, por aceitar o convite e participar da composição da defesa de minha dissertação de mestrado.

Aos funcionários da Universidade Metodista de Piracicaba, sem citar nomes, para não correr o risco da ingratidão, pelo pronto e eficaz atendimento outorgado durante todo o desenvolver de meu estudo em pós-graduação *strito sensu*.

À 50ª Subsecção da Ordem dos Advogados do Brasil da cidade de Araras/SP, pela colaboração quase que diuturna na pesquisa ora encetada, devido ao amplo material bibliográfico disponibilizado aos causídicos daquela casa, consultado com êxito pelo autor.

Enfim, presto meus agradecimentos efusivos a Carol e a tia Andréa, pela precisa colaboração na tradução da presente obra às línguas estrangeiras.

“A jornada de mil milhas inicia-se com um só passo“.
(Tao Te Ching de Lao-Tsé, adaptado por John Heider).

Resumo:

Na presente dissertação, estudaremos os aspectos mais polêmicos e controvertidos que envolvem o instituto dos embargos de terceiro, que são a ação colocada à disposição daquele que não é parte no processo, mas acaba sendo indevidamente atingido em seus bens por atos de apreensão judicial.

Nosso Código de Processo Civil, que data de 1.973, submeteu-se a inúmeras e sucessivas reformas parciais, que tiveram o objetivo de atualizá-lo e colocá-lo em sintonia com a evolução social experimentada em nosso país. Apesar disso, o capítulo correspondente aos embargos de terceiro não mereceu, no correr dos anos, nenhum ajuste por parte do legislador, o que obrigou a doutrina e a jurisprudência a interpretar a matéria de maneira mais flexível, visando ajustá-la às alterações sociais e do próprio ordenamento jurídico como um todo.

No presente trabalho, essas particularidades serão consideradas. Todavia, a análise não se realizará apenas em vista do texto frio da lei, mas, sobretudo, será acompanhada da compreensão do instituto como forma de garantia do amplo e concreto acesso do cidadão ao Poder Judiciário, tornando efetivo o mandamento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1.988. Para tanto, debateremos as principais evoluções acerca da matéria, tecendo nossas críticas a respeito, bem como propondo soluções para deixar o instituto mais funcional e acessível ao cidadão, sempre tendo como parâmetro de comparação a opinião dos principais juristas que se dispuseram a comentar o assunto.

Palavras-chave: Embargos, Terceiro, Acesso, Justiça, Código, Processo, Civil.

Resumen:

En la presente disertación, estudiaremos los aspectos más polémicos y controvertidos que envuelven la institución de los embargos de terceros, que son la acción colocada a disposición de aquél que no hace parte del proceso, mas acaba siendo indebidamente alcanzado en sus bienes por actos de aprehensión judicial.

Nuestro Código de Proceso Civil, que data de 1.973, fue sometido a innumerables y sucesivas reformas parciales, que tuvieron el objetivo de actualizarlo y colocarlo en sintonía con la evolución social experimentada en nuestro país. A pesar de esto, el capítulo correspondiente a los embargos de terceros no mereció, en el decorrer de los años, ningún ajuste por parte del legislador, lo que obligó a la doctrina y a la jurisprudencia a interpretar la materia de manera más flexible, visando ajustarla a las alteraciones sociales y del propio ordenamiento jurídico como un todo.

En el presente trabajo, esas particularidades serán consideradas. Sin embargo, el análisis no se realizará sólo en vista del texto frío de la ley, mas, sobretodo, será acompañado de la comprensión de la institución como forma de garantía del amplio y concreto acceso del ciudadano al Poder Judicial, tornando efectivo el mandamiento del art. 5º, XXXV, de la Constitución Federal de 1.988. Para tanto, debatiremos las principales evoluciones acerca de la materia, tejiendo nuestras críticas al respecto, así como proponiendo soluciones para dejar la institución más funcional y accesible al ciudadano, siempre teniendo como parámetro de comparación la opinión de los principales juristas que se dispusieron a comentar el asunto.

Palabras llave: Embargos, Terceros, Acceso, Justicia, Código, Proceso, Civil.

Summary:

In the present dissertation, it will be studied the most polemics and controverted aspects that involve the institute of a third party distress. Which is an action being put as provision towards those that are not party in the process, but end unduly having its assets reached by legal action of seizure.

Our Civil Procedural Law, from 1973, was submitted to many and successive partial reforms with the target of updating it and placing it in line with the social evolution experienced in our country. Despite it, the chapter regarding to the third party distress did not deserve any adjustment by the legislator along the years. That obliged doctrine and jurisprudence to interpret the matter in a more flexible way, in order to adjust it to social alterations and to the entire legal system itself.

In this work these particularities will be considered. However, the analyses will not be done only by the original law text, but, moreover, will be followed by the comprehension of the institute as a citizenship guarantee way to the wide and concrete access to the Judiciary, becoming effective the 5th article's commandment, XXXV, from 1988 Federal Constitution. For that, the main evolutions regarding this issue will be discussed, weaving new criticals about it, as well as proposing solutions to make the institute more functional and accessible to citizens, always having as a comparison parameter the opinions of the main doctors that commented the subject.

Key words: Third, Party, Distress, Access, Justice, Civil, Procedural, Law.

ÍNDICE:

<i>INTRODUÇÃO.....</i>	<i>15</i>
<i>1 – HISTÓRICO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.....</i>	<i>19</i>
<i>2 – CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E OBJETO DA AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO.....</i>	<i>29</i>
<i>2.1 – CONCEITO.....</i>	<i>29</i>
<i>2.2 – NATUREZA JURÍDICA.....</i>	<i>34</i>
<i>2.3 – OBJETO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO – UTILIZAÇÃO DA AÇÃO COMO FORMA DE GARANTIA DO AMPLO ACESSO ÀS VIAS JURISDICIONAIS.....</i>	<i>39</i>
<i>3 – LEGITIMIDADE DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.....</i>	<i>51</i>
<i>3.1 – LEGITIMIDADE ATIVA.....</i>	<i>51</i>
3.1.1 – TERCEIRO.....	51
3.1.2 – PARTE EQUIPARADA A TERCEIRO.....	55
3.1.3 – EMBARGOS DO CÔNJUGE.....	59
3.1.3.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	59
3.1.3.2 – EMBARGOS DE TERCEIRO DO CONVIVENTE.....	64
3.1.3.3 – ÔNUS DA PROVA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO CÔNJUGE.....	67
3.1.3.4 – EFEITO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO CÔNJUGE.....	74
3.1.4 – EMBARGOS DO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR.....	78
3.1.5 – INTERVENINENTE E ADQUIRENTE DE COISA LITIGIOSA.....	81
<i>3.2 – LEGITIMIDADE PASSIVA.....</i>	<i>86</i>
<i>4 – CASOS ESPECIAIS DE EMBARGOS DE TERCEIRO.....</i>	<i>93</i>
<i>4.1 – EMBARGOS DO JUÍZO DIVISÓRIO E DEMARCATÓRIO.....</i>	<i>93</i>
<i>4.2 – EMBARGOS DE TERCEIRO DO CREDOR COM GARANTIA REAL.....</i>	<i>97</i>
4.2.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	97
4.2.2 – CONTESTAÇÃO NOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO CREDOR COM GARANTIA REAL.....	102
<i>5 – COMPETÊNCIA PARA CONHECIMENTO E JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.....</i>	<i>109</i>
<i>6 – OPORTUNIDADE PARA PROPOSITURA DOS EMBARGOS.....</i>	<i>119</i>
<i>6.1 – TERMO INICIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO PREVENTIVOS.....</i>	<i>119</i>
<i>6.2 – TERMO FINAL PARA PROPOSITURA DOS EMBARGOS.....</i>	<i>123</i>
<i>7 – ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES.....</i>	<i>130</i>

7.1 – PETIÇÃO INICIAL.....	130
7.2 – VALOR DA CAUSA.....	134
7.3 – EFEITO SUSPENSIVO.....	138
7.4 – LIMINAR.....	141
7.4.1 – GENERALIDADES.....	141
7.4.2 – AUDIÊNCIA PRELIMINAR.....	144
7.4.3 – CAUÇÃO.....	146
7.5 – CITAÇÃO DO EMBARGADO.....	148
7.6 – RESPOSTA.....	151
7.6.1 – GENERALIDADES.....	152
7.6.1 – FRAUDE À EXECUÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDORES.....	155
7.7 – REVELIA.....	161
7.8 – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.....	162
7.9 – SENTENÇA E RECURSOS.....	164
7.10 – SUCUMBÊNCIA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO.....	168
7.11 – COISA JULGADA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO.....	173
CONCLUSÕES.....	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	181

INTRODUÇÃO

O processo é uma relação jurídica que vincula entre si o autor, o réu e o Estado-juiz, de sorte que os efeitos dessa triangulação, evidentemente, não devem se fazer sentir além das pessoas que a compõem¹. Nessa contingência, o comando definitivo emergente da sentença de mérito, ápice da tutela jurisdicional, a princípio, somente faz coisa julgada perante os litigantes às quais é dada, não beneficiando e nem prejudicando terceiros².

Essa é a regra extraída do direito instrumental pátrio, segundo se deflui da redação do art. 472, princípio, do CPC. Assim, o direito ou os bens potencialmente pertencentes a terceiro, ainda que tenham sido objeto, ao menos indireto, de discussão e deliberação proferida em processo corrente perante estranhos, não ficam vinculados à sorte da decisão haurida dessa relação jurídica.

Todavia, sendo tal premissa verdadeira quanto ao comando direto do julgado, o mesmo não se aplica às suas conseqüências indiretas ou reflexas, que podem atingir relações outras da parte com terceiro, cuja eficácia prática fica na dependência justamente do direito discutido no processo³. Na realidade sensível, em incontáveis oportunidades, o alheio à relação jurídico-processual acaba sofrendo lesões e ameaças concretas a bens ou a direitos seus, decorrentes de pronunciamento (liminar ou definitivo) exarado pela autoridade jurisdicional, ou de cumprimento de mandados oriundos dela.

Por conta disso é que o Código de Processo Civil, para não deixar o terceiro completamente à mercê dos augúrios da decisão judicial proferida no processo *inter alios*, faculta-lhe ingressar em referida relação jurídica, como parte ou coadjuvante desta, prevendo institutos como a intervenção de terceiros, estampada nos artigos

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 302.

² No escólio de Moacyr Amaral Santos: “A regra é que somente as partes são alcançadas pela autoridade da coisa julgada. Terceiros, que não participaram da relação processual, não tiveram posição no processo e podem mesmo ignorar a sua existência, estão livres dos efeitos da coisa julgada.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, p. 455).

³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Idem*.

50 e seguintes, do Código de Processo Civil (assistência ⁴, oposição) e o recurso de terceiro prejudicado ⁵, este circunscrito no art. 499 do mesmo diploma.

Não somente no campo do processo de conhecimento é que o alheio ao processo pode ser molestado pelo comando reflexo emergente da jurisdição, mas, e principalmente, na província executiva e na fase de cumprimento de sentença (art. 475-I e seguintes, do CPC, com a redação dada pela Lei n° 11.232/05), onde, em contraposição ao que ocorre na seara cognitiva, regularmente são praticados atos materiais tendentes a retirar do patrimônio do executado (devedor) bens suficientes para garantir o adimplemento do título líquido, certo e exigível portado pelo credor de uma dada obrigação ⁶.

Pode ocorrer que a atividade executiva estatal (em sentido lato) se dirija, indevidamente, no curso do processo, ao patrimônio de terceiro completamente alheio aos efeitos da obrigação, promovendo atos constrictivos sobre seus bens, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha.

A eles, a lei disponibiliza o uso do remédio jurídico dos embargos de terceiro, previsto inicialmente no art. 1.046, *caput*, do diploma codificado processual civil. Na singular definição de Marcos Vinícius Rios Gonçalves: “Os embargos de terceiro são uma ação de conhecimento que tem por fim livrar de constrição injusta bens que foram apreendidos em processo no qual o proprietário ou possuidor não é parte ⁷.”

Trata-se de ação autônoma, de procedimento especial, que dá ensejo simplesmente a uma cognição sumária ⁸, superficial, acerca da legitimidade ou não do ato de apreensão judicial sobre os direitos de terceiro, que alega incômodo

⁴ Vicente Greco Filho, com razão, verbera que o instituto da assistência, posto que seja autêntica hipótese de intervenção de terceiros, encontra-se fora do capítulo próprio do Código (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 1° vol, p. 126).

⁵ O autor acima citado ainda considera o recurso de terceiro prejudicado, modalidade de intervenção de terceiros (*Ibidem*, p. 127).

⁶ José Carlos Barbosa Moreira bem elucida a dicotomia cognição-execução, nestes termos: “Enquanto o processo de conhecimento visa à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta. Bem se compreende que seja diversa a índole da atividade jurisdicional num e noutro processo. No de conhecimento, ela é essencialmente intelectual, ao passo que, no de execução, se manifesta, de maneira preponderante, através de atos materiais, destinados a modificar a realidade sensível, afeiçoando-a, na medida do possível, àquilo que, segundo o direito, ela deve ser.” (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 185).

⁷ *Procedimentos Especiais*, p. 129.

⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 397. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 21.

indevido na posse ou propriedade de seus bens ⁹. Muito embora o campo mais fecundo para a ocorrência de atos de constrição seja o processo executivo, na verdade, em qualquer espécie de processo (conhecimento, execução e cautelar) e procedimento, seja de jurisdição contenciosa, seja voluntária, o Estado poderá determinar a apreensão de bens daquele que não figura como autor ou réu no processo *inter alios*, oportunizando o manuseio dos embargos de terceiro ¹⁰.

Decerto, a observância ao postulado do acesso à justiça, elencado no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta, deve permitir interpretação ampla ao instituto dos embargos de terceiro, permitindo-o sempre que houver risco do alheio ao processo sofrer constrições indevidas em quaisquer direitos seus, sob pena de se fazer tábula rasa à garantia constitucional retromencionada.

Por outro lado, o manuseio desenfreado dos embargos pode servir de combustível à morosidade da tutela jurisdicional, fulminando outro princípio constitucional, ou seja, o inscrito no inciso LXXVIII ¹¹, do mesmo art. 5º, que garante aos litigantes a devida celeridade na tramitação processual e a rápida solução do litígio. Isso porque, o recebimento dos embargos de terceiro, puro e simples, já basta para acarretar a paralisação do processo principal ¹², suspensão essa que perdurará, por expressa disposição legal, ao menos até o julgamento de eventual recurso de apelação ¹³.

⁹ Persiste, no universo jurídico doutrinário, severas controvérsias acerca do cabimento dos embargos de terceiro para a defesa do proprietário destituído da posse, uma vez que o art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil, erige a posse como requisito fundamental para utilização da via. Trataremos de solver a questão oportunamente, quando do estudo do objeto dos embargos, adiantando, desde logo, que os postulados da instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, tão consagrados na processualística contemporânea, somente nos podem conduzir ao entendimento de que o acesso ao mecanismo dos embargos do art. 1.046 do CPC deve ser o mais abrangente possível.

¹⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 119.

¹¹ Trazido com a emenda constitucional nº 45/04, que se volta contra a lentidão dos serviços forenses (ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Emenda Constitucional n. 45/2004 e Responsabilidade*, p. 1. in. *A Reforma do Poder Judiciário*. Coordenador Jorge Luiz de Almeida). "Através da emenda supramencionada, a celeridade processual, princípio interno subsumido da sistemática do Código de Processo Civil, ganhou alçada constitucional, na modalidade de cláusula pétrea, materializando verdadeira garantia fundamental do cidadão à razoabilidade da duração do processo e agilidade de sua tramitação." apud. MARQUES, Luiz Gustavo. *Nova Regulamentação das Custas Processuais (CF, art. 98, § 2º)*, p. 183. in. *Revista Autônoma de Processo*, vol. 4. Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim.

¹² Desde que verse sobre a totalidade dos bens apreendidos, caso contrário a suspensão será parcial. (MARTINS FILHO, Javert Prado. *Embargos de Terceiro*, p. 44).

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol, p. 254-255. Há quem entenda em sentido contrário, p.ex., para Humberto Theodoro Júnior, a decisão que julga os embargos de terceiro é passível de apelação, que terá efeito apenas devolutivo no caso de improcedência, com força no art. 520, inciso V, do CPC. (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 399.

Assim, diante do aparente choque de princípios constitucionais que pode acarretar tanto a interpretação extensiva da ação de embargos de terceiro, como a restritiva, é necessário, ao se efetuar o estudo da demanda em voga, ater-se ao seguinte: efetuar o abarcamento de posição intermediária que busque, na medida do possível, resguardar os direitos de quem porventura se ache prejudicado por eventual ato de apreensão judicial praticado em processo, no qual não figure como parte, sem se descurar da garantia de celeridade da prestação jurisdicional conferida às partes da demanda principal.

Na dissertação ora projetada, cuidaremos de estudar o remédio jurídico dos embargos de terceiro, sempre tomando como ponto de partida os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais relevantes e atuais no que toca à matéria. Pretenderemos dar cobertura à temática, sem, contudo, ter o propósito de exauri-la, o que se afigura impossível, diante da fecundidade de questões que suscita o próprio instituto analisado, cujo campo de atuação se estende a praticamente todas as especialidades da jurisdição.

Daremos maior atenção aos aspectos que remanescem controversos no tratamento dos embargos de terceiro, ao mesmo tempo em que tangenciaremos temas que aparentemente estão pacificados quanto ao instituto, mas que ainda podem sofrer reparos na aplicação diária do foro, como legitimidade da posse do compromissário-comprador e a anulação ou ineficácia de ato praticado em fraude contra credores, no bojo dessa ação.

Considerando-se que os embargos de terceiro possuem inúmeros pontos de interseção com o direito substancial, não poderemos deixá-lo ao arredo. Entretanto, como a presente dissertação é de cunho processual, a análise dos institutos materiais somente se fará na medida em que se tornar relevante para a exata compreensão do direito adjetivo. Tudo isso sem deixar a descoberto, como dito acima, o necessário enfoque constitucionalista que deve orientar a pesquisa, no que atine à garantia de acesso efetivo às vias jurisdicionais em cotejo com a almejada celeridade processual. Principiaremos nosso estudo pelo escorço histórico dos embargos, passando, logo em seqüência, sem maiores delongas, para a análise conceitual e procedimental da ação que serve de objeto ao presente trabalho.

1 – HISTÓRICO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a ação de embargos de terceiro “tem origem no direito português reinol, sem similar no direito romano, germânico ou canônico”¹⁴ Pese a autoridade dos argumentos dos eminentes processualistas, os doutrinadores em geral identificam na *controversia pignoris capti* do direito romano, a gênese do instituto em questão. Cuidava-se ela “de meio eficaz, a fim de permitir ao terceiro pleitear a exclusão de bens que foram penhorados na execução de que não era parte”¹⁵.

Consoante o narrado por Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, a *controversia pignoris capti* surgiu em Roma, no período da *extraordinaria cognitio*¹⁶. Isso se deve, provavelmente, ao fato de que, nos períodos anteriores (*legis actiones* e *per formulas*), a estrutura do processo executivo era mais ligada ao caráter pessoal (corporal) da punição do inadimplente¹⁷ e à excussão da universalidade de seus bens¹⁸, respectivamente.

A *controversia pignoris capti* não ensejava um processo autônomo, mas sim singelo incidente defensivo na execução, a ser dirimido pelo mesmo magistrado que ordenou o ato apreensivo de penhora¹⁹. Era mecanismo posto à disposição do terceiro, que tinha visto, em processo executivo, ser constrito bem que a ele e não ao executado pertencia²⁰.

Manuseado o remédio jurídico, facultava-se ao terceiro indicar bens livres e desembargados, de propriedade incontroversa do devedor. Nesse caso, o juiz, sem

¹⁴ Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, p. 1.219.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 429.

¹⁶ *Embargos de Terceiro: Legitimidade passiva*, p. 7.

¹⁷ Como anota Leonardo Greco: “No direito romano primitivo, a execução era essencialmente privada, com características que permitiam a penalização do devedor inadimplente, que estava sujeito à prisão, humilhação pública e, até mesmo, à morte.” (*O Processo de Execução*. Vol. I, p. 12). Era a regra do sistema das ações da lei. Posteriormente, quando adveio o processo *per formulas*, a execução, sem deixar de permitir seus reflexos pessoais, já podia restringir-se aos efeitos patrimoniais, sem condicionar-se invariavelmente à servidão do devedor inadimplente. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*, p. 118).

¹⁸ Tratava-se da *bonorum venditio*, que era a espécie de execução que versava à totalidade do patrimônio do devedor. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*, p. 21). No mesmo sentido, José Carlos Moreira Alves ainda relata as quatro etapas consecutivas em que se processava a *venditio*. (*Direito Romano*. Vol. I, p. 253).

¹⁹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Embargos de Terceiro*, p. 24.

²⁰ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 22.

maiores discussões, mandava que sobre os últimos incidisse a constrição, liberando-se da penhora o patrimônio do terceiro. No entanto, não localizados ou não indicados bens alforriados do devedor, ainda incidentalmente na execução, deveria o juiz *summatim cognoscere* da propriedade da coisa, ordenando logo fosse ela compreendida ou excluída da execução, sem que sua decisão produzisse coisa julgada acerca do domínio²¹, mesmo porque se tratava de *questio incidens*²².

Para Liebman, “a sumariedade da cognição e a brevidade do processo eram possíveis, porque a *addictio* não prejudicava os direitos do terceiro sobre a coisa, pois ele os podia defender em processo ordinário²³”. Tal aspecto permanece incólume até os tempos atuais, uma vez que remanesce ao terceiro, que não embargou ou recolheu juízo de improcedência, a possibilidade de empregar a ação petitoria eventualmente cabível²⁴.

Com a queda do Império Romano, causada tanto pela decadência como pela invasão dos bárbaros, a humanidade entrou num declínio brutal de seu ciclo cultural e democrático²⁵. Passou a prevalecer o direito germânico, dominado por acentuado individualismo e inspirado por costumes notoriamente arcaicos, sendo que sua sistemática executiva era voltada completamente à tutela do credor²⁶. Enrico Tullio Liebman destaca que a característica desse tipo de sistema era a ausência de controle imparcial das pretensões que os particulares alegavam um contra o outro: “estranha à mentalidade germânica, orgulhosamente individualista, era a idéia de que o indivíduo pudesse atribuir a reparação da ofensa recebida ao parecer de um terceiro²⁷”.

Sancionavam, por isso, as normas germânicas o uso da força e da vingança pessoal e privada em face do inadimplente, como forma de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação. Os meios executivos, diz Vicente Greco Filho, eram violentos e de coerção real e psicológica sobre o devedor, não existindo distinção entre responsabilidade civil e penal, nem tampouco entre cognição e execução²⁸. A atividade procedimental, ao revés, principiava pela execução²⁹.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 110.

²² AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Embargos de Terceiro: Legitimidade Passiva*, p. 8.

²³ Op. cit. p. 110.

²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.217-1.218.

²⁵ KUHN, João Lacê. *O princípio do Contraditório no Processo de Execução*, p. 43.

²⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 147.

²⁷ *Embargos do Executado*, p. 48-49

²⁸ *Curso de Direito Processual Civil*. 3º vol, p. 10.

²⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 147.

No escol de Rogério Marrone de Castro Sampaio, inexistente registro histórico de remédio processual que se assemelhe aos nossos embargos de terceiro, no direito germânico ³⁰. Luiz Felipe Silveira Difini aponta que o processo germânico, porque se desenvolvia perante a assembléia, desconhecia a limitação da eficácia da coisa julgada às partes litigantes, sendo seus efeitos produzidos *erga omnes*; essa a causa da ausência de previsão dos embargos de terceiro ³¹. Existiam, contudo, institutos como a oposição e o litisconsórcio ³².

A preponderância do caráter pessoal da execução, que se voltava primordialmente a punir o executado pelo descumprimento da palavra dada, somada à precariedade do controle jurisdicional da pretensão a executar, também pode ter colaborado para a falta de previsão de mecanismo análogo aos embargos de terceiro, nesse período, porque os embargos têm como pressuposto indissociável a ocorrência de **construção judicial** sobre bens do alheio ao processo.

Entretanto, a partir do século XI, passaram a florescer novamente os ensinamentos concebidos pelo último período do Direito Romano ³³, que foram aprimorados e adaptados à época, revigorando-se, quanto à atividade executiva, a idéia fundamental de que somente a autoridade estatal seria encarregada de efetivar os atos de construção patrimonial. Cabia ao credor, portanto, utilizar-se das vias procedimentais regulares, para ver sua pretensão satisfeita ³⁴, precedendo à execução regular da atividade cognitiva ³⁵.

Começou a ser abolida a execução sobre a pessoa do devedor, para incidir apenas sobre bens ³⁶; unido tal dado à judicialização completa do procedimento executivo, ressurgiu a possibilidade de construção indevida sobre patrimônio de pessoas alheias ao litígio, dando ensejo aos embargos de terceiro ³⁷. Tanto que, para Ricardo Rodrigues Gama, no direito canônico, os embargos de terceiro eram utilizados tanto como forma de intervenção de terceiro, enquanto o processo

³⁰ Op. cit. p. 25.

³¹ Op. cit. p. 23.

³² Idem.

³³ KUHN, João Lacerda. Op. cit. p. 43.

³⁴ MARQUES, Luiz Gustavo. *A Exceção de Pré-Executividade*, p. 50.

³⁵ "Para que houvesse a segurança necessária às relações, toda a comunidade aspirava eliminar a autotutela, característica marcante do direito germânico. Assim, é estabelecida uma nova ordem que excluía toda e qualquer possibilidade de execução privada e não precedida de atividade de conhecimento." (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Op. cit. p. 35).

³⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 150.

³⁷ Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo destaca ser bem provável a utilização, na época, de disciplina semelhante à da *controversia pignoris capti* romana, para a proteção dos bens injustamente apreendidos pelo terceiro em processo alheio. Op. cit. p. 10.

estivesse em trâmite, bem assim como ação autônoma, depois de iniciada a execução³⁸.

Em momento posterior, no direito francês, viria à tona um sistema de oposição de terceiro (*tierce opposition*), que aglutinava em um só remédio processual tanto o recurso de terceiro prejudicado, como os embargos de terceiro³⁹. Abria-se oportunidade, assim, àquele que não era parte no processo, para se insurgir contra os atos de apreensão judicial sobre seus bens e, concomitantemente, recorrer da sentença de mérito, cuja eficácia reflexa pudesse lhe trazer conseqüências jurídicas desfavoráveis.

No tocante ao direito lusitano, cujas disposições influenciaram o ordenamento jurídico pátrio, na medida em que vigoraram no Brasil durante considerável período de tempo, vale destacar a importância das Ordenações do Reino. As primeiras delas, as Ordenações Afonsinas, assumem pouca relevância prática para o estudo em epígrafe, na medida em que vigoraram até 1.446, antes da chegada dos portugueses à nossa nação e não trataram do instituto dos embargos de terceiro⁴⁰.

Já as Ordenações Manoelinas (Livro III, Título 71, § 2º)⁴¹ foram o primeiro texto normativo do direito luso-brasileiro a disciplinar de forma expressa os embargos de terceiro⁴². Legitimavam-se a eles tanto o senhor quanto o possuidor de bens móveis e de raiz, que viam a dita coisa ser atingida por ato de apreensão judicial em processo do qual não participavam, ficando autorizados a embargar a execução; previu-se ainda a prestação de caução pelo credor para lhe ser entregue a *res*, garantindo assim a efetividade do resultado dos embargos⁴³. Em caso da não prestação da caução, o bem seria depositado em mão de outrem, até solução final do litígio.

Por sua vez, as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título 86, § 1º, concediam embargos de terceiro unicamente ao possuidor de bens apreendidos em processo corrente perante estranhos⁴⁴. Já no Livro IV, Título 54, § 4º⁴⁵, estava

³⁸ *Limitação Cognitiva nos Embargos de Terceiro*, p. 98-99.

³⁹ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Op. cit. p. 23.

⁴⁰ RODRIGUES, Ricardo Gama. Op. cit. p. 98.

⁴¹ Para consultar a íntegra do dispositivo: *Ibidem*, p. 99.

⁴² AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Op. cit. p. 12.

⁴³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Op. cit. p. 26.

⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Embargos de Terceiro*. p. 11.

⁴⁵ Para consultar a íntegra dos textos, além de outros concernentes à matéria, vigentes à época das Ordenações Filipinas: CONDE, F. Oliveira. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 99.

prevista a intervenção do senhor que alegasse ser sua a coisa demandada; com base na conjugação dessas regras, os praxistas admitiam o cabimento dos embargos manuseados pelo senhor, possuidor, ou senhor e possuidor⁴⁶. Importante salientar que as Ordenações Filipinas mantiveram os embargos de terceiro como mero incidente da execução⁴⁷, não resguardada sua autonomia.

Pontes de Miranda extrai da redação dos dispositivos acima mencionados, não só a possibilidade de embargos de terceiro pelo senhor e pelo titular da posse, mas também por terceiro prejudicado que alegasse outro motivo que não a posse (embargos de terceiro prejudicado)⁴⁸. Arremata, salientando que “a construção resistiria hoje às mais minudentes críticas científicas⁴⁹.”

De acordo com a parte final do § 1º, do Título 86, do Livro III, do código filipino, vindo o terceiro com embargos, dizendo ser possuidor da coisa em que se faz a execução, afigurava-se incumbência do condenado dar logo outros bens livres e desembaraçados para se submeterem ao processo de expropriação, sob pena de ser preso até os indicar. Saad observa no dispositivo a obediência do regime em tela à velha idéia romana de que o corpo do devedor também responde por suas dívidas⁵⁰.

O regime jurídico das Ordenações do Reino, no campo processual, vigorou até o século XIX no Brasil⁵¹, todavia as Ordenações Filipinas somente deixaram integralmente de ser aplicadas ao direito pátrio no início do século passado, com a promulgação do antigo Código Civil de 1.916⁵². Por outras palavras, as Ordenações Filipinas, na parte civil, vigeram durante mais tempo no Brasil do que em Portugal⁵³.

Seguiu-se, às Ordenações, o Regulamento nº 737, de 1.850, inicialmente aplicável apenas às causas comerciais. Foi restringida a legitimidade para manuseio dos embargos de terceiro na vigência dessa compilação, sendo necessária a qualidade cumulativa de senhor e possuidor para postular a exclusão de bens constrictos em execuções alheias⁵⁴. É o que dispunha o seu art. 604: “Não são

⁴⁶ Ibidem. p. 12.

⁴⁷ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Op. cit. p. 26.

⁴⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV. p. 56.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ *CLT Comentada*, p. 1.020. Ainda satiriza, dizendo que se esse princípio vigorasse hoje no direito processual pátrio, em tempo de desemprego em larga escala, nas prisões não caberiam tantos inadimplentes (idem).

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 157.

⁵² PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, p. 60.

⁵³ Idem.

⁵⁴ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Op. cit. p. 12.

admissíveis na execução embargos de terceiro, que não seja ao mesmo tempo senhor e possuidor, ficando ao terceiro prejudicado o direito, salvo sobre o preço da arrematação.”

Além da compactação da legitimidade ativa apontada no parágrafo anterior, devido à necessidade de qualificativo conjunto de senhor e possuidor exigido para se postular a exclusão de bem apreendido em processo alheio, outro fator que chama a atenção na interpretação do Regulamento 737 guarda continência com a inoperância dos embargos como mecanismo de tutela específica do direito real (e pessoal) do terceiro ao domínio e à posse, porquanto a ele era resguardado unicamente direito salvo sobre o preço da arrematação.

O Decreto nº 3.272 de 1.885, trasladado no art. 16 do Decreto nº 168-A, de 19 de janeiro de 1.890, de acordo com Oliveira Conde, previu a possibilidade de embargos de terceiro interpostos pelo detentor de hipoteca ⁵⁵ não vencida, para obstar a venda judicial do objeto da garantia em execução movida por credor quirografário, contra o devedor de ambos ⁵⁶. Em caso de insolvência ou falência do devedor comum, os embargos seriam repelidos ⁵⁷.

Na seqüência, o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1.890, mandou aplicar o Regulamento 737, relativo ao processo comercial, igualmente às execuções cíveis ⁵⁸, ficando assim definitivamente revogadas as disposições processuais das Ordenações Filipinas ⁵⁹. Para Oliveira Conde, o novo ordenamento não teve o condão de revogar a possibilidade de veiculação de embargos de terceiro por detentor de direito real de garantia, consistente em hipoteca ⁶⁰.

Segundo narrado por Pontes de Miranda, encontrava-se o Brasil em 1.890 em sua plena evolução agrícola, de forma que a extensão do Regulamento 737 às execuções cíveis, limitando o uso dos embargos de terceiro somente ao indistintamente senhor e possuidor da coisa, foi influenciada pela plutocracia latifundiária, para extrair a possibilidade de os colonos plantadores defenderem a sua posse por via dos embargos de terceiro ⁶¹. Esse fato, diga-se de passagem,

⁵⁵ Op. cit. p. 20.

⁵⁶ “Em quaesquer execuções promovidas por credores chirographarios contra o devedor commum, poderá o credor hypothecario defender por via de embargos os seus direitos e privilégios, para o fim de obstar a venda do immovel ou immoveis hypothecados”. (Idem).

⁵⁷ Ibidem. p. 21.

⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit. p. 12.

⁵⁹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 57.

⁶⁰ Op. cit. p. 21.

⁶¹ Op. cit. p. 56-57.

havia se tornado corriqueiro na época. Nesse ponto, Silveira Difini destaca a notoriedade da involução de nosso direito processual, restando desprotegido aquele que só a posse e não o domínio tivesse ⁶², secundando acerbadada crítica de Pontes de Miranda, que considerava o diploma ‘nefasto’, ‘obra de medíocres, louvada por medíocres’ ⁶³.

No que atine ao procedimento dos embargos de terceiro da época, o art. 597, do Regulamento nº 737, previa a concessão de vistas para alegar e provar os embargos. “Requerida no prazo legal a vista dos autos, e concedida esta, deverá o terceiro allegar e provar seus embargos dentro em três dias, que são contados da data em que os autos foram com vista ao advogado do embargante ⁶⁴.” A comprovação dos embargos poderia se dar em concomitância ou após o seu oferecimento, desde que respeitado o tríduo ⁶⁵.

Sob a égide da Magna Carta de 1.891, estabelecida a forma federativa, instituiu-se não só a dualidade de justiça – da União e dos Estados-membros, como também a dicotomia de processos, “ficando cada Estado autorizado a organizar sua justiça e a legislar sobre processo ⁶⁶”. Vale lembrar, todavia, que os códigos estaduais seguiram nas águas do Regulamento 737, erigindo os embargos de terceiro como incidente da execução e não como processo autônomo ⁶⁷, determinando de maneira geral a necessidade de reunião de posse e domínio no mesmo titular para embargar.

O Código Estadual Paulista (art. 89 e incisos) previu casos especiais de embargos de terceiro, que inspiraram o ordenamento processual vigente até a presente data, como os embargos do juízo demarcatório e divisório, quando o imóvel de terceiro fosse sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou demarcação, e do credor com garantia real, vislumbrando obstar a venda judicial do objeto da hipoteca, penhor e anticrese ⁶⁸. No Código de Processo Civil do Distrito

⁶² Op. cit. p. 26.

⁶³ Op. cit. p. 57.

⁶⁴ CONDE, F. Oliveira. Op. cit. p. 111.

⁶⁵ Ibidem. p. 111-112.

⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º vol. p. 49.

⁶⁷ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 289.

⁶⁸ O Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul igualmente previa os embargos de terceiro para titulares de direito real de garantia, restringindo-os, contudo, aos credores hipotecários (DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Op. cit. p. 61)

Federal⁶⁹, encontramos a gênese dos atuais embargos de terceiro opostos pelo cônjuge.

Restabelecida a competência constitucional da União para legislar sobre processo, com as Magnas Cartas de 1.934 e 1.937⁷⁰, seguiu-se aos diplomas estaduais o Código de Processo Civil de 1.939. O estatuto adjetivo pretérito, rompendo com a tradição antiga (desde o direito romano) de tratar os embargos de terceiro como mero incidente da execução, considerou serem eles cabíveis em outros tipos de processo e, por isso, “situou os embargos de terceiro entre os processos acessórios, negligenciando sua natureza de ação possessória⁷¹.”

Estabelecia o Código de Processo Civil de 1.939, em seu art. 707: “Quem não for parte no feito e sofrer turbação ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha ou outro ato de apreensão judicial, poderá defender seus bens, por via dos embargos de terceiro.”

A explícita referência à ‘posse’ ou ‘direito’ defendidos contra atos de apreensão judicial em processo corrente perante alheios fez com que caísse por terra a jurisprudência anterior, fruto do Regulamento 737, que restringia, contra a tradição luso-brasileira, a utilização dos embargos de terceiro a quem ostentasse o qualificativo simultâneo de senhor e possuidor dos bens⁷². Hamilton de Moraes e Barros anota que o diploma de 1.937 dava, em seu art. 707, os embargos ao titular de direito, sem dizer no que consistiria ele, permitindo larga aplicação dos embargos, não ficando mais restrito à execução e aos direitos dominiais⁷³.

Passou a ser desnecessária, portanto, a prova do domínio, até porque os embargos de terceiro se alicerçavam igualmente em figura jurídica diversa do senhor, como também, “nem só na posse podiam se fundar os embargos, pois outro poderia ser o ‘direito’ ferido pela constrição judicial⁷⁴”. Citem-se, como exemplo, os direitos sobre bens insuscetíveis de posse, como as ações e os títulos de crédito.

Alfim, o vigente estatuto adjetivo consolidou de vez a autonomia da ação de embargos de terceiro, frente ao processo de onde se sucedera a constrição judicial,

⁶⁹ “Art. 504. A mulher casada pode vir com embargos de terceiro, sem necessidade de autorização do marido, quanto aos seus bens dotais, ou próprios, administrados pelo marido.” (apud. PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*, p. 12).

⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit. p. 51.

⁷¹ BARROS, Hamilton de Moraes e. Op. cit. P. 289.

⁷² MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 57.

⁷³ Op. cit. p. 289.

⁷⁴ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Op. cit. p. 30.

acomodando a figura aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, previstos no Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil de 1.973.

Na esteira do salientado, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida assinalam que os embargos de terceiro não se cuidam de mero incidente do processo executivo, mas de “processo autônomo de cognição, que não se confunde com aquele em que se deu a apreensão, ainda que entre ambos haja conexão que o resultado de um deles interfira sobre o outro ⁷⁵.”

Ao que parece, todavia, o Código atual reduziu o campo de aplicação da ação, consolidando, em seu art. 1.046, § 1º, que: “Os embargos podem ser propostos por terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.” Diante dessa redação, grande parte da doutrina interpretou que só se admitem embargos de terceiro fundados em alegação da posse, ainda que conjugada com o domínio, restando desamparado pelo remédio o proprietário destituído da posse (que seja indireta) sobre a coisa ⁷⁶, que deveria se valer, para a defesa de seus direitos, da ação petítória correspondente, como a reivindicatória e negatória ⁷⁷.

Por seu turno, Pontes de Miranda considera ter sido o Código de Processo Civil de 1.973 infeliz e errado, na medida em que excluiu de seu art. 1.046, *caput*, a expressão ‘direito’, contida no diploma anterior, referindo-se apenas à ‘posse’, o que não basta, porque os embargos de terceiro são ação que se podem basear na posse, porém nem sempre nela se baseia. O jurisconsulto repudia veementemente a idéia de limitação do uso do instituto, reputando erro crasso a interpretação dos dispositivos (art. 1.046 a 1.054, do Código de Processo Civil) como se houvesse recuo temporal e científico ⁷⁸.

De fato, *a priori*, parece mesmo que a disposição legal em comento (art. 1.046, § 1º, do CPC) andou na contramão da evolução dogmática experimentada pelo direito adjetivo nas últimas décadas, máxime se considerarmos a prevalência hodierna de princípios como o da instrumentalidade do processo e do amplo (e efetivo) acesso às vias jurisdicionais. É de difícil sustentação a restrição do uso dos embargos de terceiro ao detentor da posse *stricto sensu* sobre os bens apreendidos judicialmente, deixando à sorrelfa titulares de interesses outros, igualmente

⁷⁵ *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 321-322.

⁷⁶ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Op. cit. p. 21.

⁷⁷ ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 1.200.

⁷⁸ Op. cit. p. 114-115.

relevantes, como o do “terceiro que teve créditos seus inventariados ou partilhados por algum inventariante e levados, antejuridicamente, à partilha ⁷⁹.”

Aliás, é essa a orientação que tem prevalecido, embora não sem respeitáveis entendimentos em sentido contrário, em nível doutrinário e jurisprudencial. Teremos oportunidade de analisar mais a fundo a controvérsia no decorrer do trabalho em epígrafe, uma vez que não é o acanhado campo das considerações históricas o melhor caminho para solver a questão.

Delineadas as raízes históricas do instituto, pese a brevidade da exposição, passaremos de imediato ao estudo dos embargos de terceiro de acordo com a legislação em vigor, sempre tomando como referência os mais modernos entendimentos acerca do assunto. Principiaremos pelo estudo dos elementos constitutivos do conceito da ação.

⁷⁹ Ibidem. p. 115.

2 – CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E OBJETO DA AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO.

2.1 – CONCEITO.

A expressão ‘embargos’, segundo Vicente Greco Filho, afigura-se um termo equivocado, na medida em que, no sistema processual pátrio, é utilizada para designar institutos com várias finalidades ⁸⁰.

No nosso sentir, como já tivemos oportunidade de asseverar, não se trata de vocábulo equívoco, mas sim que possui diversas acepções ⁸¹. Referida palavra, ora é utilizada para denominar recursos (embargos de declaração, embargos infringentes, embargos de divergência), ora para designar determinadas espécies de ação (embargos de terceiro), também rotulando o meio processual de defesa do devedor na execução (embargos à execução) ⁸², ou designando peça de combate cuja natureza jurídica é de simples contestação (embargos monitórios previstos no art. 1102c, *caput*, do Código de Processo Civil) ⁸³ e, excepcionalmente, indicando oposição extrajudicial do autor de ação de nunciação de obra nova ⁸⁴.

Ensina José Horácio Cintra Gonçalves Pereira que a dicção ‘embargos’ provém de *borgên*, “radical que está em *berganhar*, embaraçar, entravar, criar obstáculo, oposição de direitos contra decisão considerada injusta ⁸⁵”. Segundo consta, a expressão teria surgido na linguagem marítima, designando a apreensão de navio insolvente, para garantia de pagamento de dívidas e taxas portuárias ⁸⁶.

Para Luiz Ambra: “embora a palavra ‘embargos’ tenha, no direito processual, várias acepções, em todas elas há uma idéia nuclear, que é a que lhes assinalam os

⁸⁰ *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol., p. 105. Para Rogério Marrone de Castro Sampaio, a equivocidade existe na medida em que, empregado isoladamente, o termo não permite identificar o exato instrumento utilizado pelo jurisdicionado. (*Embargos de Terceiro*, p. 16).

⁸¹ MARQUES, Luiz Gustavo. *A Exceção de Pré-Executividade*, p. 33. (nota de rodapé 54).

⁸² Vicente Greco Filho (idem) apenas alude às três primeiras hipóteses de nomeação.

⁸³ Em tom semelhante, entendendo que os embargos previstos no art. 1102c, do Código de Processo Civil têm natureza jurídica de defesa, de oposição à pretensão monitória, não instaurando nova relação jurídico-processual, em contrapartida ao que se dá nos embargos do devedor, são os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.240). Contra, entendendo que possuem natureza jurídica de ação: MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 2.836. Coordenador Antônio Carlos Marcato.

⁸⁴ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*. p. 11. Edson Prata externa que o CPC se refere ao vocábulo ‘embargos’ para se referir a numerosas formas de recursos ou procedimentos, relacionando dezessete. (*Embargos de Terceiro*. Revista de Processo nº 24, p. 207).

⁸⁵ Op. cit. p. 11.

⁸⁶ Idem.

léxicos: embargar – impedir, estorvar, por obstáculo a, impedir o uso de ⁸⁷.” Essa idéia não passou despercebida da argúcia dos praxistas portugueses, para os quais embargos nunca eram meio de pedir, mas de impedir ⁸⁸.

Quanto aos embargos de terceiro, objeto da presente exposição, a análise de seus elementos constitutivos nos conduz à idéia semelhante, qual seja, a de que a ação é utilizada (somente) como forma de ‘impedir’ a consumação ou manutenção do ato de apreensão judicial sobre o patrimônio de pessoa alheia ao processo e ao mesmo tempo infensa à ordem dele emanada ⁸⁹ (isso porque há casos de genuína responsabilidade patrimonial sem débito), não se prestando a pedir. Com base nessa linha de raciocínio, inclusive, a doutrina majoritária não considera cabível, em sede de petição inicial de embargos de terceiro, a cumulação de pedido indenizatório por perdas em danos ⁹⁰, em contraposição à franquia outorgada pelo art. 921, inciso I, do Código de Processo Civil, às demandas possessórias.

A construção do conceito dos embargos de terceiro, passa, necessariamente, pela maior ou menor amplitude conferida ao remédio jurídico, oscilando a doutrina nesse campo. Para principiarmos, convém trazer a lume a definição dada por Liebman, que assim reza: “os embargos de terceiro são uma ação proposta por terceiro em defesa de seus bens contra execuções alheias ⁹¹.”

Pese a respeitabilidade do jurisconsulto, a classificação ministrada resente de falhas. Em especial, por qualificar os embargos como instrumento hábil para o terceiro defender os bens em face de execuções alheias, olvidando o fato de que a ação pode se dirigir contra ato apreensivo ordenado em qualquer espécie de processo (conhecimento, execução e cautelar), ou em procedimentos especiais, de jurisdição contenciosa ou voluntária.

José Ysnaldo Alves Paulo formula conceito ainda mais restritivo, dizendo que: “Todo aquele que se sentir turbado ou esbulhado na posse de seus bens constrictos pela execução, pode usar de embargos ⁹².” Além da limitação à execução

⁸⁷ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 12.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ Observam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que os embargos visam impedir ou livrar da constrição judicial indevida bens pertencentes a terceiro (*Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 907-908).

⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.048.

⁹¹ *Processo de Execução*, p. 110.

⁹² *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*, p. 86.

⁹³, vislumbra-se na definição formulada pelo mestre que apenas a **posse** de bens constrictos pode ser defendida por meio dos embargos de terceiro, nada sendo mencionado acerca da propriedade ou outros direitos porventura molestados no curso do processo, como as ações e os direitos reais de garantia.

Integrando a equipe dos que vêem o objeto dos embargos de terceiro de forma mais compacta, Silveira Difini o coloca como sendo “ação autônoma, especial e de procedimento sumário, destinada a excluir de constrição judicial, bens de terceiro que tem a posse ou a posse e o domínio ⁹⁴.” A bem da verdade, a limitação dada pelo autor decorre de posicionamento por ele adotado, no sentido de se obedecer à literalidade do art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil ⁹⁵ que, ao alterar o art. 707, do diploma de 1.939, teve a nítida intenção de restringir o uso dos embargos aos que detêm a posse da coisa, ainda que conjuminada com o domínio ⁹⁶.

Contrapondo-se aos adeptos da corrente taxativa, Pontes de Miranda leciona dessa forma: “Os embargos de terceiro são a ação do terceiro que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos ⁹⁷”. Irretorquível o entendimento do jurista, que somente não observou que os embargos, no ordenamento processual civil pátrio, estão à disposição tanto do terceiro, como da parte a ele equiparada, nos exatos lindes do art. 1.046, § 2º, do Código de Processo Civil, detalhe esse, aliás, desapercibido por quase todos os conceitos estampados neste tópico.

Carlos Alberto Ortiz, por sua vez, define os embargos de terceiro de forma singela, porém bastante abrangente, como: “ação de procedimento especial que visa excluir bens ou direitos de terceiro de constrição judicial em demanda alheia ⁹⁸.”

Outro conceito que não pode passar desguarnecido é o extraído da obra de Oliveira Conde que, apesar de remota, contém termos bastante abrangentes, cuja

⁹³ Todavia, o autor chega a ressaltar em sua obra que está tratando apenas dos embargos de terceiro no âmbito do processo de execução (Ibidem, p. 88).

⁹⁴ *Embargos de Terceiro*, p. 21.

⁹⁵ Ibidem, p. 30.

⁹⁶ No mesmo sentido, Ernane Fidélis dos Santos determina que: “O esbulhado, ou turbado, poderá embargar não apenas como possuidor, mas também como senhor, isto é, como titular de direito real (proprietário, usufrutuário, usuário e o que goza apenas do direito de habitação), caso em que deverá provar não só a sua posse, seja direta ou indireta, como também a propriedade, o usufruto, o uso e a habitação. Se, porém, lhe faltar a posse, o direito só pode ser reclamado nas vias ordinárias, bem como a faculdade de possuir.” (*Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 120).

⁹⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 4.

⁹⁸ *Embargos de Terceiro*, p. 154.

construção resiste até hoje às mais minuciosas críticas. Para o mestre embargos de terceiro constituem “a acção com que alguém, attribuido de qualidade jurídica estranha á causa, intervem na acção de outrem, para assegurar seus direitos ou interesses directos, indevidamente offendidos, sobre os bens apprehendidos para efeito da execução ⁹⁹.”

Conseguimos notar na passagem acima interessante peculiaridade no que diz respeito à legitimidade ativa dos embargos. Não cabe ela necessariamente ao terceiro, mas àquele atribuído de qualidade jurídica estranha à causa, posto que figure no processo como autor ou réu; equipara-se assim a terceiro a parte, se é diferente a qualidade jurídica dos bens turbados ¹⁰⁰, ou seja, se pelo título de sua aquisição, ou pela qualidade em que forem possuídos, não puderem ser objeto de apreensão judicial (CPC, art. 1.046, § 2º). O único reparo, aliás, de todo desnecessário, que se poderia levantar à conceituação de Oliveira Conde, advém da observação feita por Luiz Felipe Silveira Difini ¹⁰¹, para quem a formulação não é indene a objeções, porquanto limita os embargos de terceiro à execução. No entanto, na época em que escrita a obra, vigoravam as disposições processuais do Regulamento nº 737, que erigiam os embargos de terceiro a mero incidente do processo executivo, de forma que a limitação dada pelo texto é compreensível.

Doutra banda, Humberto Theodoro Júnior, mesclando ao conceito a natureza jurídica do instituto, relata que os embargos de terceiro são “uma ação de natureza constitutiva, que busca desconstituir o ato judicial abusivo, restituindo as partes ao estado anterior à apreensão impugnada ¹⁰².” *Data venia*, padece de laconismo a classificação outorgada, não esclarecendo a quem compete manusear o remédio processual (aquele que não é parte no processo ou, mesmo sendo parte, é equiparável a terceiro por expressa disposição legal).

Já para José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, os embargos de terceiro, em face do atual direito brasileiro, são “ação especial, de procedimento sumário, destinada a excluir bens de terceiro (ou a ele equiparados) que estão sendo, ilegitimamente, objeto de ações alheias ¹⁰³.” Apesar da amplitude da classificação,

⁹⁹ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 17.

¹⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos de Terceiro – Rejeição in limine*. Parecer. in. RT 160, p. 531.

¹⁰¹ Op. cit. p. 19.

¹⁰² *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 397.

¹⁰³ Op. cit. p. 21. Conceito semelhante ao de Hamilton de Moraes e Barros, que considera os embargos de terceiro “ação especial, de procedimento sumário, destinada a excluir bens de terceiro

deixa de abranger a legitimidade do titular de direito real de garantia, para embargar de terceiro (CPC, art. 1.047, inciso II).

Do mesmo modo, não basta que os bens sejam 'objeto de ações alheias', para ensejar a propositura dos embargos, fazendo-se necessário que exista pelo menos ameaça de apreensão judicial. Numa ação possessória de força velha, versando sobre coisa pertencente a terceiro, onde não foi concedida medida liminar e sequer exista sentença de primeira instância que atribua a posse a um dos contendores (autor ou réu), não há ameaça iminente de constrição judicial a ensejar a propositura dos embargos de terceiro, embora os bens deste já sejam objeto de ação alheia, restando no máximo a possibilidade de ingresso com a figura interventiva da oposição (art. 56 e seguintes do CPC).

Enfim, para Ricardo Rodrigues Gama:

Os embargos de terceiro são uma ação desconstituinte de ato judicial turbador ou esbulhador, com cognição limitada, atribuída ao estranho à relação processual (terceiro) titular de direito real sobre a coisa ou à parte protegida pela intangibilidade de determinados bens em razão do título de aquisição ou da qualidade de sua posse ¹⁰⁴.

Somente discordamos do doutrinador na parte em que atine que a ação é atribuída ao titular de **direito real** sobre a coisa, pois os embargos de terceiro podem se fundamentar quer em direito real, quer pessoal ¹⁰⁵.

Tendo sido tangenciadas importantes definições fornecidas aos embargos de terceiro pelos principais comentadores do assunto, sem prejuízo de outras de inegável valia, que não foram aqui mencionadas, ousamos alinhar as principais premissas que entendemos por válidas e ministrar nosso conceito sobre o instituto em questão, colocando-o em pauta para submetê-lo às eventuais críticas construtivas que lhe seguirem.

Para nós, os embargos de terceiro são ação autônoma, de procedimento especial e sumário, destinada a impedir a consumação ou manutenção do ato de apreensão judicial sobre bens ou direitos de terceiro, ou parte a ele equiparada, ou a impedir a alienação do objeto do direito real de garantia, em execução promovida por credor quirografário, ou detentor de segunda hipoteca, contra devedor solvente comum.

que estão sendo, ilegitimamente, objeto de ações alheias." (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 288).

¹⁰⁴ *Limitação Cognitiva nos Embargos de Terceiro*, p. 116-117. A natureza jurídica desconstitutiva também não é por nós albergada, mas isso será combatido mais a fundo no tópico seguinte.

¹⁰⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo de Execução*, p. 367.

Quanto à análise pormenorizada dos elementos que compõem o raciocínio acima entabulado, pese o intuito de não nos furtamos de tal embate, cremos não ser este o momento adequado para tanto, pois, caso contrário, estaríamos extrapolando o tema dos tópicos e capítulos seguintes. Portanto, no momento oportuno, cuidaremos de apresentar as justificativas detalhadas acerca de nosso entendimento, principiando pela natureza jurídica da ação.

2.2 – NATUREZA JURÍDICA.

A correta identificação da natureza jurídica de determinada espécie de ação leva em conta, necessariamente, o conteúdo do pedido veiculado pelo autor, o qual deverá repercutir na sentença de mérito que eventualmente lhe favorecer. Doutrina Arruda Alvim que:

Classificam-se as ações tendo em vista basicamente os efeitos processuais, especialmente visados pelo autor, quando propôs a demanda. Está, nesta classificação, portanto, relevantemente considerado, o critério da simetria ou congruência, dado que, em sendo de recebimento (total), a sentença, produzir-se-ão, precisamente, aqueles efeitos colimados pelo autor ¹⁰⁶.

Dessa feita, numa demanda em que o autor formula pedido condenatório, a sentença de integral procedência, por força do princípio da congruência, terá eficácia semelhante.

Nessa linha de idéias, controverte-se a doutrina acerca da natureza jurídica da ação de embargos de terceiro (e da própria sentença de mérito que o acolher), existindo correntes que encampam diversas classificações. Na doutrina pátria, Ernani Fidélis dos Santos defende posição praticamente isolada, no sentido de que a ação de embargos é de cunho declaratório, porquanto “a sentença que defere os embargos é declaratória, já que declara o direito e posse do terceiro ¹⁰⁷.”

A opinião amplamente majoritária aponta a natureza constitutiva da ação de embargos de terceiro, mormente visando desconstituir o ato judicial de apreensão tido como abusivo. Reportamos o leitor, aqui, às classificações formuladas por Humberto Theodoro Júnior e Ricardo Rodrigues Gama, contidas no tópico anterior,

¹⁰⁶ *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2, p. 353.

¹⁰⁷ Op. cit. p. 119. No direito alienígena, conforme relata Luiz Felipe Silveira Difini (op. cit. p. 39-40), há doutrinadores que também realçam a característica meramente declaratória da ação de embargos de terceiro, como Zanzucchi e Enrico Redenti.

quando deixam evidente a força constitutiva negativa da ação de embargos de terceiro (notas de rodapé 98 e 100).

Abordando o tema, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o objeto do processo de embargos de terceiro é a pretensão do embargante à desconstituição de constrição judicial imposta ao bem que alega ser senhor ou possuidor. Arremata por concluir “tratar-se de uma ação constitutiva, da qual também se diz que é constitutiva processual ¹⁰⁸”.

Comunga do mesmo entendimento o professor Olavo de Oliveira Neto, ao dizer que: “é possível notar que se trata de ação constitutiva negativa, cuja finalidade é desconstituir ato judicial que, desbordando os limites da execução, atinge a posse ou a propriedade de quem não é parte no processo ¹⁰⁹.” Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery também realçam a natureza jurídica constitutiva da ação de embargos de terceiro ¹¹⁰.

Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo alude que deve prevalecer a corrente doutrinária majoritária, que classificam os embargos de terceiro como ação de conhecimento autônoma, com eficácia constitutiva negativa, ressaltando-se o fato de que eles (os embargos) atuam diretamente no plano do direito processual, na medida em que têm por objeto principal desconstituir o ato judicial de constrição advindo de processo preexistente ¹¹¹.

Orientação análoga é adotada por Marcus Vinícius Rios Gonçalves ¹¹², para quem os embargos de terceiro são a ação adequada para desconstituir a apreensão indevida de bens ocorrida em processo no qual o proprietário ou possuidor não for parte. De outra banda, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida realçam que “a sentença de procedência dos embargos de terceiro declarará a ilegitimidade da constrição judicial, desconstituindo-a ¹¹³”.

Em nossa opinião, a assimilação da natureza jurídica dos embargos de terceiro passa, de antemão, pela aceitação da classificação tripartite ou quinária dos efeitos processuais das ações (e das correspondentes sentenças de mérito).

¹⁰⁸ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 568.

¹⁰⁹ *A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada*, p. 168.

¹¹⁰ “Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa (...)”. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.219.

¹¹¹ *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*, p. 45.

¹¹² *Procedimentos Especiais*, p. 129.

¹¹³ *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 331.

Decerto: “uma vez repelida a limitação das eficácias sentenciais à condenação, à constituição e à declaração, chega-se facilmente à força mandamental ¹¹⁴. “

Entre nós, o primeiro a defender a eficácia mandamental dos embargos de terceiro foi Pontes de Miranda, na parte em que assim salienta:

Os embargos de terceiro são pedidos de mandado contra a eficácia do mandado, alvará, ou ordem anterior, e. g., contra a penhora, o depósito, o arresto, o seqüestro, a alienação judicial, a arrecadação, a partilha, ou outro ato de apreensão judicial (constrição) ¹¹⁵.

Diversos outros autores palmilharam a mesma trilha. Para Luiz Felipe Silveira Difini, na ação de embargos de terceiro há mais que mera declaração, porque se desfaz ou se impede que se faça determinado ato processual, antes realizado ou apenas determinado, mas, por outro lado, há menos que constitutividade, pois não se desconstitui o ato embargado com relação às partes ¹¹⁶. Portanto, para o juriconsulto, “o elemento preponderante na ação de embargos de terceiro é o *mandamental*, pois que da sentença de acolhimento resulta ordem, mandamento para que não se realize o ato constrictivo que foi determinado ou se o desfaça ¹¹⁷.”

Araken de Assis vaticina, quanto ao objeto dos embargos de terceiro, que: “o terceiro formulará pedido, caracteristicamente mandamental, para livrar o(s) bem(s) da constrição ¹¹⁸.” Outro não é o raciocínio de Carlos Alberto Ortiz, porquanto os embargos constituem “ação mandamental negativa, como bem posto por Pontes de Miranda, pois que tem por objeto precípua desfazer ato de poder, forçando o juiz a retratar-se ¹¹⁹.”

Também para Luiz Ambra: “não parece que, na hipótese de embargos de terceiro, se possa fugir a esta conclusão: é mandamental a sentença e negativa ¹²⁰”. Isso porque “acolhida a pretensão do embargante, a atuação concreta do comando da sentença não se destina ao embargado, mas ao juiz que ordenou a apreensão ¹²¹”.

¹¹⁴ *Manual da Execução*, p. 1.222.

¹¹⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 19.

¹¹⁶ *Embargos de Terceiro*, p. 42.

¹¹⁷ Op. cit. p. 43.

¹¹⁸ Op. cit. p. 1.208-1.209.

¹¹⁹ *Embargos de Terceiro*, p. 154.

¹²⁰ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 84.

¹²¹ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 65.

No direito pátrio, há ainda juristas que tecem críticas severas à categorização da natureza jurídica dos embargos de terceiro como ação mandamental, mesmo em se admitindo a classificação quinária das eficácias sentenciais, pois quem tem de liberar os bens é o próprio juiz dos embargos (que também determinou a apreensão), não se concebendo que ele dê uma ordem para si mesmo ¹²². Não obstante os respeitáveis argumentos contrários, cremos que deve prevalecer a natureza jurídica mandamental da ação de embargos de terceiro e a solução para tanto se encontra na própria lei.

Força no princípio da congruência realçado no início do presente tópico, imperioso haver similitude entre os efeitos do pedido formulado pelo autor na inicial e na sentença de mérito que o acolher. Assim, o provimento mandamental só é cabível em ações de igual cunho, não em demandas condenatórias ou constitutivas, p. ex., sob pena de sobrevivência de sentença *extra petita*.

No caso dos embargos de terceiro, o próprio art. 1.051, princípio, do Código de Processo Civil, trata de delinear o provimento mandamental da ação, ao sancionar que: “julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante (...)”. Consoante Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a medida liminar, nos embargos de terceiro, tem natureza de tutela antecipatória da sentença final (CPC 273), não se tratando de providência cautelar ¹²³.

Como a liminar dos embargos de terceiro tem a função de antecipar o provimento final, este, nos exatos termos legais, consiste na expedição e cumprimento do mandado de manutenção ou de restituição da posse em favor do embargante. Cumpra-se o mandado, na expressão de Pontes de Miranda ¹²⁴. Assim, por conta do princípio da congruência, o pedido formulado na inicial de embargos também terá eficácia mandamental.

Nesse aspecto, Antônio Carlos Marcato observa que, julgados procedentes os embargos de terceiro, “o juiz determinará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante; caso tais medidas já tenham sido liminarmente concedidas, liberar-se-á a caução anteriormente prestada por

¹²² WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. op. cit. p. 331.

¹²³ Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, p. 1.226.

¹²⁴ Tratado das Ações. Tomo 6, p. 275.

aquele ¹²⁵.” Trata-se, por evidente, da eficácia principal do julgado, sem prejuízo de outros efeitos ¹²⁶.

A lide nos embargos se limita à inclusão ou exclusão da coisa no processo principal, de onde emanou o ato apreensivo judicial, sem maiores ponderações acerca do direito do terceiro (e das próprias partes originárias), que pode ser defendido pelas vias ordinárias ¹²⁷. Assim, não há como se sustentar a eficácia constitutiva, porque é própria de ação dessa natureza a criação, extinção ou modificação de relações jurídicas preexistentes ¹²⁸, fatores impossíveis nos acanhados campos dos embargos de terceiro.

Remanesce, portanto, a eficácia mandamental da ação, escorada, aliás, nos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL - **MANDAMENTALIDADE DOS EMBARGOS DE TERCEIRO** - AÇÃO DE EFICACIA MANDAMENTAL DIRIGIDA CONTRA ATO CONSTRITIVO DO JUÍZO. I - NA EXEGESE DO ARTIGO 1046 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL, A JURISPRUDENCIA, ACOLHENDO LIÇÃO DOUTRINARIA, DEFINIU QUE OS EMBARGOS DE TERCEIRO SÃO CONTRA ATO CONSTRITIVO DO JUIZ E DELES (EMBARGOS) NÃO PODE USAR QUEM SEJA PARTE EM DEMANDA, NOS AUTOS DA QUAL O ATO JUDICIAL DEU ENSEJO A AÇÃO DO TERCEIRO. II - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO ¹²⁹. (grifo nosso)

EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS – DOCUMENTOS/CONTRATOS – CRÉDITO HIPOTECÁRIO – LIQUIDEZ – DESCONSTITUIÇÃO MEIO ADEQUADO – Crédito hipotecário se reveste de liquidez. Fatos que, porventura, pudessem desconstituir essa presunção. O meio adequado a ser utilizado seria de outra ordem, que não os embargos de terceiro que, por sua **natureza mandamental negativa**, visam ao ato de constrição judicial ¹³⁰. (grifo nosso)

A crítica fornecida por parte da doutrina, no sentido de que não seria concebível ao juiz dar ordem a si mesmo, por isso a exclusão da força mandamental da ação de embargos de terceiro, igualmente não procede. O mandamento se

¹²⁵ *Procedimentos Especiais*, p. 266.

¹²⁶ Idem. Por exemplo, na parte em que condena o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sem qualquer sombra de dúvida, assume a ação feição condenatória. Assim giza Humberto Theodoro Júnior: “as sentenças de ações declaratórias e constitutivas devem ser havidas como sentenças condenatórias na parte que condenam os vencidos às despesas do processo.” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, p. 477).

¹²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 111.

¹²⁸ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, p. 35.

¹²⁹ STJ – 3ª T. - REsp 38881 / RJ – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 16.11.1993 – DJ. 07.02.1994, p. 1179.

¹³⁰ TACRJ – AC 8302/93 – (Reg. 1887-2) – Cód. 93.001.08302 – 7ª C. – Rel. Juiz Maurício Gonçalves de Oliveira – J. 23.03.1994.

destina ao processo principal, de onde surgiu a apreensão judicial, para que nele seja incluída ou excluída a coisa constrita, nada interferindo a identidade física do julgador, que, aliás, pode não ocorrer, p. ex., no caso de vacância do cargo após julgamento dos embargos.

Decodificada a natureza jurídica dos embargos de terceiro, passemos agora ao estudo do objeto da ação incidental, encerrando o presente capítulo.

2.3 – OBJETO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO – UTILIZAÇÃO DA AÇÃO COMO FORMA DE GARANTIA DO AMPLO ACESSO ÀS VIAS JURISDICIONAIS.

Os embargos de terceiro têm como objeto, por regra, um ato judicial de apreensão, emergente de processo contencioso ou voluntário, que recaia sobre os bens de posse ou de domínio do embargante ¹³¹. Fica excluído, dessa forma, do âmbito da ação de embargos, atos de particulares, ou mesmo de entidades públicas (dês que não configurem aprisionamento judicial), que sejam ofensivos à posse do terceiro, para os quais o remédio cabível será a ação possessória ¹³².

Nessa mesma linha de raciocínio, se o ato de ofensa a bens ou direitos de terceiro provier de contemplação da coisa em separação, inventário ou partilha extrajudiciais, de acordo com a faculdade outorgada pela Lei nº 11.441/07, em que pese a produção de efeitos análogos aos procedimentos judiciais de iguais nomes, para fins de registro civil e de imóveis (CPC, arts. 982, *caput* e 1.124-A, § 1º), falecerá ao ato do tabelião o qualificativo de **apreensão judicial** para fins de oportunizar o manuseio dos embargos de terceiro, restando ao prejudicado somente as vias ordinárias para promover a anulação da escritura e posteriores registros.

Porém, se em seqüência à lavratura da partilha perante o tabelião, por conta do característico de título executivo extrajudicial conferido à escritura pública ¹³³, seguir-se processo de execução para obrigar um dos outorgantes a cumprir seus termos, eventuais atos praticados nessa ação que venham a turbar ou esbulhar a posse de terceiro sobre os bens indevidamente contemplados na escritura, poderão ser atacados via embargos de terceiro.

¹³¹ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. Op. cit. p. 21-22.

¹³² GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*, 130.

¹³³ “Feita a partilha por ato notarial, não há que se pensar em formal de partilha e tampouco em execução de título judicial. A escritura pública, todavia, retratando obrigação de entrega de coisa, de forma certa, líquida e exigível, configura, por si só, título executivo, nos termos do art. 585, II”. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 244).

Os atos de constrição judicial que propiciam o manuseio dos embargos de terceiro vêm discriminados de forma meramente exemplificativa no diploma adjetivo, por força da conjunção subordinativa conformativa *como*, empregada no *caput* do art. 1.046, do Código de Processo Civil ¹³⁴. Não se exclui a incidência de figuras outras de apreensão judicial que dêem ensejo ao uso do remédio jurídico dos embargos, como p. ex. a busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia efetuada em automóvel transferido pelo devedor fiduciário a terceiro, cujo gravame não foi originariamente anotado pelo credor fiduciante no Certificado de Registro e Licença de Veículo Automotor ¹³⁵.

Araken de Assis bem destaca que o ponto comum entre os atos discrepantes que, invadindo a esfera de terceiro, dão oportunidade aos embargos (apreensão, penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha e fixação de rumos, consoante arrolado nos arts. 1.046, *caput* e 1.047, I, do CPC), é a eficácia executiva ¹³⁶. “Deste modo, a constrição capaz de gerar a reação de terceiro há de implicar deslocamento forçado do bem, ou seja, representar ato executivo ¹³⁷.”

Sendo somente o ato dotado de eficácia executiva embargável, isso não significa dizer que os embargos de terceiro se voltam apenas contra obra do processo de execução, uma vez que noutras espécies de demandas também se praticam constrições judiciais, embora com menos freqüência ¹³⁸. De acordo com o acoimado pelo saudoso doutrinador José Miguel Garcia Medina: “Reconhece-se hoje, que as atividades cognitivas e executivas podem ser realizadas num mesmo processo ¹³⁹.” Tome-se como exemplo uma tutela antecipada deferida ao início do processo de conhecimento, ou uma liminar em ação possessória de força nova, que venham a apreender bens pertencentes a pessoa alheia ao processo. Evidente que nesses casos será facultada a via do art. 1.046, do Código de Processo Civil ao ofendido.

¹³⁴ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 2.786. Coordenador Antônio Carlos Marcato.

¹³⁵ Súmula 92 do STJ: “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor.”

¹³⁶ *Manual da Execução*, p. 1.209.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Op. cit.* p. 131.

¹³⁹ *Execução Civil – Princípios Fundamentais*, p. 190.

Assim, o ato atacado pelo terceiro pode ser oriundo tanto de processo de conhecimento, como de execução, ou ainda cautelar ¹⁴⁰, muito embora, quanto ao último, exista entendimento jurisprudencial que proscruva a embargabilidade, em vista da provisoriedade que alicerça essa espécie de litígio ¹⁴¹. A opinião restritiva, contudo, não nos parece mais acertada, consoante será pormenorizado mais à frente, no momento oportuno.

A finalidade dos embargos é impedir que atos materiais do juízo agridam a esfera patrimonial de pessoa estranha à relação processual, que não encontra jungida a seus efeitos, a qualquer título. Se o objetivo do terceiro não for repelir a constrição judicial, mas intrometer-se em processo de conhecimento alheio simplesmente para reivindicar a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, o remédio adequado será a figura interventiva da oposição ¹⁴².

Embora a oposição e os embargos de terceiro guardem similitudes entre si, a diferença entre ambas as ações é evidente, na medida em que, na primeira, o oponente propõe uma demanda própria em contraste com as das partes que já estão na causa ¹⁴³, ou seja, formula pretensão excludente do autor e réu, enquanto na segunda, o intuito do terceiro é apenas defender passivamente a posse dos bens apreendidos judicialmente, sem se imiscuir na discussão sobre o mérito da causa na ação principal ¹⁴⁴.

Nessa contingência, a procedência da oposição, inexoravelmente, aniquilará todas as pretensões deduzidas por autor e réu no processo primitivo, resultando na improcedência deste ¹⁴⁵, em vista do nexo de prejudicialidade existente entre ambas as demandas ¹⁴⁶. De outro modo, a procedência dos embargos de terceiro, pelo menos diretamente, não interferirá nos interesses e direitos das partes originais, que poderão continuar sendo atuados, sem qualquer empeco.

¹⁴⁰ SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 121; “Em todo e qualquer processo judicial, de jurisdição contenciosa ou voluntária, de conhecimento, execução ou cautelar, de rito comum ou especial, principal ou incidente, sempre que em decorrência de um ato judicial houver turbação, esbulho ou ameaça à posse daquele que não participou do processo, são cabíveis os embargos de terceiro.” (FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 216).

¹⁴¹ STJ – AGP 1059 / CE – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 10.04.2000 – p. 00082.

¹⁴² Na conceituação de Moacyr Amaral Santos, a oposição é “a ação intentada por terceiro que se julgar, total ou parcialmente, senhor do direito ou da coisa disputada entre as partes numa demanda pendente, formulando pretensão excludente, total ou parcialmente, das de ambas.” (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º vol, p. 43).

¹⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 151.

¹⁴⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, p. 110.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit. p. 130.

¹⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1, p. 267.

Insta frisar, entretanto, que haverá casos em que o terceiro poderá optar entre ajuizar os embargos ou a oposição, indistintamente, pois ambos os instrumentos lhe serão hábeis. Imaginemos uma ação possessória onde autor e réu controvertem acerca do direito sobre a coisa; se, porventura, nessa demanda vier a ser concedida liminar de reintegração de posse em favor do primeiro. Uma vez cumprida a medida com o desapossamento do terceiro de boa-fé, a este caberá manejar tanto a oposição, se desejar contrapor sua posse à alegada pelas partes do processo original, como também os embargos, caso sua pretensão se limite a afastar o ato de apreensão judicial incidente sobre o bem que alega ser de sua propriedade ¹⁴⁷.

Não se enquadra dentre as funções dos embargos de terceiro, por óbvio, a discussão do direito das partes originárias envolvidas na demanda, ou a legitimidade de atos outros ali praticados ¹⁴⁸, que não se emoldurem na categoria de constrição judicial sobre os bens ou direitos do embargante. Deduzidos os embargos, caberá ao terceiro tão somente defender a posse ou o domínio, não podendo argüir nulidades acasos existentes no processo principal, ou mesmo deduzir defesas de mérito em execução movida contra o executado ¹⁴⁹. Para coadjuvar autor ou réu a obter decisão favorável na lide, o remédio adequado é o da assistência, provado o interesse jurídico na vitória de um dos demandantes ¹⁵⁰.

A dicção do art. 1.046, *caput*, do Código de Processo Civil, deixa evidente que o ato de aprisionamento judicial objeto dos embargos de terceiro é o turbador ou esbulhador à **posse** de bens daquele que não é parte no processo. Por outro lado, assim é a regra de seu § 1º: “os embargos podem ser de terceiro senhor ou possuidor, ou apenas possuidor.”

Da junção desses dois dispositivos, grande parte da doutrina realça o caráter possessório da ação, mais que isso limita sua utilização ao possuidor, ainda que indireto e ao mesmo tempo detentor de domínio.

Escreve, nesse teor, Araken de Assis: “os arts. 1.046 a 1.054 regulam o remédio possessório outorgado aos terceiros para livrar da apreensão judicial as

¹⁴⁷ Em sua obra, Luiz Felipe Silveira Difini cita outros exemplos onde ao terceiro será facultada a utilização da oposição ou dos embargos, pois qualquer dos remédios será hábil (*Embargos de Terceiro*, p. 55-56).

¹⁴⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 304.

¹⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, p. 53; Em tom parecido: LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, p. 112.

¹⁵⁰ CPC, art. 50.

coisas integradas em se patrimônio ¹⁵¹.” Anota ainda que o ordenamento pátrio tomou como ponto de referência o direito português, assumindo os embargos de terceiro papel de interdito, dotado de força nova, sendo que a eles não se legitimam ativamente o proprietário despojado da posse ¹⁵².

Destacando igualmente a natureza possessória dos embargos de terceiro, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamani apontam que o remédio jurídico não pode ser utilizado na defesa de bens não passíveis de posse, como os créditos e outros direitos pessoais, sendo ainda que, para se legitimar à propositura dos embargos, o terceiro deverá invocar a condição de possuidor da coisa, ao menos de forma mediata ou indireta, caso contrário, vedasse-lhe o acesso aos embargos ¹⁵³.

Oliveira Conde também realça o caráter possessório dos embargos de terceiro ¹⁵⁴, trilhando na mesma senda Hamilton de Moraes e Barros, para quem os embargos de terceiro ora são verdadeira ação de restituição de posse, ora ação de prevenção ou manutenção ¹⁵⁵. Luiz Felipe Silveira Difini, por seu turno, é enfático ao declamar a impossibilidade de acesso à via dos embargos de terceiro ao que não ostente a qualidade de possuidor da coisa, pois para ele “só o domínio não basta: o titular de domínio sem posse não poderá se utilizar os embargos de terceiro, mesmo que se dirija contra ato judicial”, devendo se valer da ação reivindicatória ou negatória ¹⁵⁶.

Outro doutrinador que destaca a semelhante natureza aos embargos é Ernane Fidélis dos Santos, para quem a existência de direito dominial do terceiro sobre a coisa, sem a posse, desautoriza o uso dos embargos ¹⁵⁷, em face da revogação da disposição contida no art. 703, do antigo Código de Processo Civil, porquanto:

A alteração do texto de lei, suprimindo a palavra ‘direito’ e a especificação expressa dos casos de legitimidade para os embargos (art. 1.046 e seus parágrafos) deixaram evidenciado que, em regra, os embargos de terceiro se destinam à exclusiva proteção possessória, quando a turbção da posse ou sua perda são devidas a atos de apreensão judicial. Em

¹⁵¹ Op. cit. p. 1.193.

¹⁵² Idem. No direito português, José Lebre de Freitas destaca o caráter possessório da ação de embargos de terceiro (*A Acção Executiva*, p. 227).

¹⁵³ *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 323.

¹⁵⁴ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 9.

¹⁵⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 290. Opinião idêntica comunga Javert Prado Martins Filho (*Embargos de Terceiro*, p. 11).

¹⁵⁶ *Embargos de Terceiro*, p. 59.

¹⁵⁷ *Procedimentos Especiais*, p. 267.

conseqüência, apenas os bens susceptíveis de posse poderão se incluir no objeto mediato da ação ¹⁵⁸.

Na ilação de Javert Prado Martins Filho, o proponente da ação de embargos de terceiro terá como condição primordial saber se houve turbação ou esbulho na posse de seus bens, pois em não havendo nenhuma dessas figuras não poderá vingar o pedido ¹⁵⁹. Diz ainda que, a não ser no caso de proteção ao direito real de garantia (art. 1.047, inciso II, do CPC), os embargos de terceiro colimam a manutenção ou restituição da posse ¹⁶⁰.

Alfim, J. B. Torres de Albuquerque também encampa a concepção literal, ao dispor que os embargos de terceiro se destinam a proteger quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, a fim de que lhe sejam mantidos na posse ou restituídos os bens ¹⁶¹. Podem assim os embargos ser de terceiro apenas possuidor, ou concomitantemente senhor e possuidor ¹⁶².

Alguns decisórios judiciais igualmente excluem a possibilidade de embargos em casos onde o terceiro não detém a posse dos bens judicialmente apreendidos, conquanto ostente o qualificativo de senhor. Nesse sentido, vale citar a presente passagem:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BUSCA E APREENSÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – INTERPOSIÇÃO COM BASE EM DOMÍNIO – MULHER DE DEVEDOR – DEFESA DE MEAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – CARÊNCIA – Se o marido não é proprietário, a mulher tampouco é meeira. **Carência reconhecida pela interposição dos embargos apenas com base em domínio, sem discussão sobre a posse.** Recurso improvido com alteração do dispositivo ¹⁶³. (grifo nosso).

Devemos ponderar, contudo, a existência de bens insuscetíveis de posse (coisas incorpóreas), ou coisas que consistem em direitos (*res quae in jure consistunt*), na acepção de José Cretella Júnior ¹⁶⁴. Não obstante isso podem ser objeto de apreensão judicial, em casos como de penhora ou arresto, não se olvidando ainda a vivência de casos onde o proprietário não se encontra imitado na posse da coisa, donde a não extensão do remédio jurídico dos embargos de

¹⁵⁸ Ibidem. P. 266.

¹⁵⁹ Op. cit. p. 17.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 18.

¹⁶¹ *Do Processo de Execução e Dos Embargos*, p. 195.

¹⁶² Ibidem. P. 196.

¹⁶³ 2º TACSP – Ap. c/ Rev. 574.626-00/1 – 8ª C. – Rel. Juiz Ruy Coppola – DOESP 09.06.2000.

¹⁶⁴ *Curso de Direito Romano*. p. 157.

terceiro, por simples e excessivo apego ao texto legal, deporia contra os anseios de acesso à justiça e instrumentalidade das formas, obrigando o lesado a se utilizar da ronceira (e de duvidosa eficácia prática) via ordinária para defender seus direitos e interesses legítimos, sem os benefícios da suspensão da ação principal, que originou a constrição¹⁶⁵,

Pontes de Miranda foi o primeiro crítico acerbo da redação do art. 1.046, *caput*, do CPC em vigor, bem assim de sua interpretação literal como se houvesse recuo científico, sendo de se admitir a oposição dos embargos de terceiro sempre que o ato de aprisionamento judicial recair sobre qualquer direito ou ações de pessoa alheia ao processo. Cita que: “O art. 1.046 fala da penhora, como um dos casos de constrição, e a penhora (art. 655) apanha os bens móveis e imóveis e os ‘direitos’ e ‘ações’. Não é penhorável só o direito, também o é a própria ação¹⁶⁶”. Por isso mesmo os embargos são uma ação que se pode basear na posse, mas não ação exclusivamente possessória¹⁶⁷.

Já Donaldo Armelin reconhece que a redação ministrada pelo novo Código de Processo Civil, em contraposição ao art. 708 do anterior, dá a entender que o legislador pátrio abarcou a idéia do CPC português, de dar cunho possessório aos embargos de terceiro. Entretanto,

“impossível se torna arrear tais embargos da área integral da penhorabilidade e arrestabilidade. Se nesta, direitos e ações são penhoráveis, inexistente motivo justificador da exclusão dos embargos de terceiro do elenco de instrumentos processuais adequados a coibir a extrapolação dos efeitos de processo alheio que atinjam tais direitos e ações¹⁶⁸.

Na mesma linha, Zaiden Geraige Neto admite emprego dos embargos de terceiro para a defesa do domínio puro e simples¹⁶⁹, orientação prestigiada por Humberto Theodoro Júnior, pois: “...quando o ato impugnado tende à alienação judicial, como é o caso da penhora, não teria sentido consentir na sua manutenção apenas pelo fato de o dono não contar com a posse atual sobre o bem constricto¹⁷⁰.” Com inteligência, ressalta ser da tradição de nosso processo civil, desde a época

¹⁶⁵ Conforme anotado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Parece, realmente, que a limitação do instituto à propriedade, à posse e à garantia de direito real, enumerados na lei, apequena o instituto, desvirtuando-o de sua finalidade e deixando sem remédio rápido alguns direitos que o sistema jurídico deve igualmente garantir ou proteger.” (*Embargos de Terceiro*, p. 6).

¹⁶⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 114.

¹⁶⁷ *Ibidem*. p. 114-115.

¹⁶⁸ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 46.

¹⁶⁹ *Os Embargos de Terceiro e seu Alcance Tutelar*, p. 86.

¹⁷⁰ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 304.

das Ordenações Filipinas, a tutela do domínio, não apenas da posse, através dos embargos de terceiro ¹⁷¹.

A seu turno, Marcus Vinícius Rios Gonçalves propala não ser correta a opinião restritiva, derivada de interpretação literal do art. 1.046, *caput*, do CPC, que sugere somente serem cabíveis embargos de terceiro em favor daquele que sofreu turbacão ou esbulho na posse de seus bens. Cita como exemplo o caso da pessoa que recebe a escritura pública de um imóvel, levando-a ao registro (portanto proprietária), que vê a coisa penhorada em execução movida contra o vendedor, antes de havida a tradiçãõ; nesse caso, poderá opor embargos de terceiro, que estarão fundados exclusivamente no domínio, porque a posse ainda não foi transmitida ao adquirente ¹⁷².

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery declamam que não somente a propriedade e a posse são passíveis de tutela pela via dos embargos de terceiro, mas outros direitos de eficácia e garantia real, móveis ou imóveis, assim como os suscetíveis de penhora e, *a fortiori*, de alienaçãõ judicial, como: a) as quotas de sociedade; b) o direito de uso de linha telefônica; c) o direito de concessãõ de lavra; d) a titularidade de direitos sobre marcas e patentes; e) os créditos; f) os direitos oriundos de compromisso de compra e venda não registrado, dentre outros ¹⁷³.

Caminhando em semelhante direçãõ Vair Gonzaga ¹⁷⁴, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira ¹⁷⁵, Vicente Greco Filho ¹⁷⁶, Rogério Marrone de Castro Sampaio ¹⁷⁷, Ricardo Rodrigues Gama ¹⁷⁸, Gerson Fischmann ¹⁷⁹, Luiz Ambra ¹⁸⁰ e a doutrina majoritária, de modo geral. Dentre os doutos do direito material, Maria Helena Diniz destaca a viabilidade jurídica dos embargos de terceiro para a defesa da posse, da

¹⁷¹ Idem (nota de rodapé n° 7).

¹⁷² Op. cit. p. 132.

¹⁷³ *Código de Processo Civil Comentado e Legislaçãõ Extravagante*, p. 1.219.

¹⁷⁴ "Embargos de Terceiro, em sentido genérico é a forma preventiva de que se utiliza quem, sendo proprietário ou possuidor da coisa, procura impedir a realizaçãõ de ato que causa, ou venha a causar prejuízo aos seus interesses" (*Embargos de Terceiros*, p. 55).

¹⁷⁵ "A demanda, nos embargos de terceiro, poderá ter por fundamento – *causa petendi* – o domínio, a posse ou ambos". (*Dos Embargos de Terceiro*, p. 22).

¹⁷⁶ *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3° vol, p. 252.

¹⁷⁷ *Embargos de Terceiro*, p. 23-24.

¹⁷⁸ "Sendo somente senhor, a pessoa está legitimada para propor os embargos de terceiro." (*Limitaçãõ Cognitiva nos Embargos de Terceiro*, p. 135).

¹⁷⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 215.

¹⁸⁰ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 7. Sua obra, contudo, remonta ao Código de Processo Civil de 1.939, cujo art. 708 era mais abrangente que a redaçãõ atual.

propriedade, ou de direito sobre bens ¹⁸¹, endossando lição de Washington de Barros Monteiro ¹⁸².

Assentou-se, doutro modo, na jurisprudência dominante, a viabilidade da ação de embargos de terceiro para a defesa de direitos diversos da posse, valendo transcrever, a título de ilustração, o que segue: “São cabíveis embargos de terceiro em favor de quem, embora não tendo a posse, é titular inquestionável do domínio de bem que, por tal circunstância, não pode sofrer, no processo, apreensão judicial ¹⁸³.”

Tal tese vingou, inclusive, na Suprema Corte, quando da competência constitucional do sodalício para dizer a última palavra acerca da interpretação da legislação ordinária:

EMBARGOS DE TERCEIRO – Titular de domínio sem posse – Cabimento dos embargos - É razoável, quando menos, o entendimento de que o titular inquestionável do domínio, embora não tendo a posse, pode utilizar embargos de terceiro. (...) O reconhecimento de que pode utilizar os embargos de terceiro, embora não tendo a posse, o titular inquestionável do domínio não nega vigência aos preceitos pertinentes do Código de Processo Civil. Dá-lhe, quando menos, interpretação razoável, prestigiada por autorizada doutrina ¹⁸⁴.

De fato, não podemos contemporizar com a corrente restritiva do objeto mediato dos embargos do terceiro, que proclama subserviência pura e simples aos ditames legais, sem qualquer questionamento acerca da *mens legis*. Prevaecem, hodiernamente, nos meandros processuais, princípios como o da instrumentalidade das formas e da efetividade da tutela jurisdicional, donde o direito material invocado pelas partes litigantes há de se sobrepor a meras solenidades atribuídas pelo Código de Processo Civil e legislações extravagantes ¹⁸⁵. especialmente quando destituídas de fundamento plausível.

Ao que salientam Cintra, Grinover e Dinamarco: “Se o processo é um instrumento, não se pode exigir um dispêndio exagerado aos bens que estão em

¹⁸¹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4º vol, p. 81-82.

¹⁸² “Havendo, no entanto, domínio ou posse, ou ambos, a favor do terceiro embargante, molestado por ato de apreensão judicial, o juiz receberá os embargos para discussão e prova procedendo à respectiva instrução.” (op. cit. p. 54).

¹⁸³ TJPR – Ap. nº 825/77 – Rel. Des. Ronald Accioly – j. 14.02.1979. in. RT 538/175.

¹⁸⁴ STF – 1ª T. Agravo de Instrumento nº 78.325-3-PR – Rel. Min. Xavier de Albuquerque – j. 13.05.80. in. RT 542/259.

¹⁸⁵ Leciona Humberto Theodoro Júnior: “Sem se chegar ao extremismo da ausência de forma, que levaria ao caos e à inutilização do processo como meio hábil de composição dos litígios (pois é impossível conceber o processo desligado da *forma*), nosso Código faz, de maneira clara, prevalecer sobre a forma a substância e finalidade do ato processual.” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, p. 204).

disputa ¹⁸⁶.” Dessa forma, obrigar o titular de indiscutível direito sobre a coisa que se vê apreendida em processo *inter alios*, a se aventurar pelos meios ordinários (de nebuloso resultado prático), sem os benefícios concedidos pela lei aos embargos de terceiro, dentre os quais se destacam a abreviação do procedimento, a suspensão do processo principal e a concessão de liminar com requisitos mais módicos que os exigidos para o deferimento da antecipação de tutela na ação comum (art. 273, do Código de Processo Civil), simplesmente pelo fato de o terceiro não ostentar a qualidade jurídica momentânea de possuidor, deporia contra essa teleologia instrumental.

A limitação do uso dos embargos ao **possuidor** de bens aprisionados em processos alheios, nenhum resultado prático e útil traduz às partes, ao terceiro, ou à própria jurisdição. Os prejuízos, ao revés, são imensuráveis. Arremessado o terceiro senhor, destituído da posse, às vias ordinárias, ficará este sem meio expedito para defender seus bens, correndo uma série de riscos que vão desde o perecimento da coisa, até a inutilidade do provimento final haurido em ulterior procedimento reivindicatório, decorrente da morosidade do meio.

As partes do processo originário igualmente sofrerão os percalços da exclusão da embargabilidade ao terceiro destituído da posse, por mais paradoxal que pareça a afirmação. Imaginemos um processo de execução onde seja penhorado bem de propriedade de terceiro não detentor de posse. Caso seja aberta oportunidade para ele se valer dos embargos, com a suspensão do processo principal e eventual atribuição de liminar, a resolução da pendência de forma eficaz e rápida propiciará ao credor, sem maiores delongas, procurar outros bens penhoráveis do devedor para satisfazer o crédito estampado no título executivo.

Se, ao invés, for obstado ao terceiro (unicamente) senhor o manuseio dos embargos, a busca tortuosa pelas vias ordinárias, sem a paralisação do processo principal, acarretará neste a prática de atos inúteis, provavelmente fadados ao fracasso, porquanto a procedência da ação ordinária fará com que as partes revolvam ao *status quo ante*, causando imenso desperdício de tempo e de recursos financeiros, tanto aos litigantes, quanto ao aparelho jurisdicional.

No exemplo dado, de aprisionamento indevido ocorrente em processo de execução, a troca dos embargos de terceiro pelo procedimento comum autorizará o

¹⁸⁶ *Teoria Geral do Processo*, p. 72.

prosseguimento das medidas de expropriação do patrimônio de pessoa alheia ao processo, sendo realizados atos de preparação e de venda do bem em hasta pública (avaliações, publicações de editais etc.), tudo com desnecessário dispêndio de recursos financeiros. E, uma vez arrematada a coisa, o comprador ainda correrá o risco de evicção, em sendo julgada procedente a reivindicatória do terceiro, de que aquele comprovadamente tinha ciência, quer pelo registro da demanda no álbum imobiliário, quer pelos meios ordinários de convicção. Sendo ainda que, nesse meio tempo, o devedor terá oportunidade ímpar de dilapidar o restante do patrimônio que lhe cabe, esvaziando assim a garantia do juízo executivo.

Esse imbróglio todo poderá ser evitado com uma simples, mas curial medida, que é possibilitar o acesso amplo da via dos embargos indistintamente ao detentor de domínio, de posse, ou de ambos, ou de direito outro qualquer sobre bens corpóreos e incorpóreos.

Aliás, como já dizia o professor Cândido Rangel Dinamarco, em consagrada obra: “Falar em *efetividade do processo* e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso ¹⁸⁷.” De acordo com o mestre, “Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas ¹⁸⁸.”

Remeter o terceiro detentor de domínio aos burocráticos meios ordinários, unicamente por não contar com a posse atual sobre os bens judicialmente apreendidos, ou por não comportar a coisa constrita detenção corpórea (física), bastaria apenas para prestigiar a tomada de medidas paliativas proscritas pelo princípio da efetividade do processo, o que se afigura de todo inaceitável, mormente quando sabido que o remédio simples e rápido dos embargos produziria, por si só, situação capaz de restaurar, na sua inteireza, relações jurídicas materiais violadas, sem os entraves do processo comum.

Outra é a finalidade da lei, que não a de divisar os embargos ao detentor de posse. Na verdade, como bem ressaltado por Pontes de Miranda, o texto do Regulamento n° 737, no sentido de limitar a utilização dos embargos ao concomitantemente senhor e possuidor, preceito seguido pelos Códigos Estaduais,

¹⁸⁷ *A Instrumentalidade do Processo*, p. 364.

¹⁸⁸ *A Instrumentalidade do Processo*, p. 364.

fez com que a jurisprudência sentisse, por mais de meio século, a mediocridade dos autores da primeira compilação, sendo a maior causa da decadência do direito processual brasileiro ¹⁸⁹.”

Muito embora o Código de Processo Civil de 1.939 tenha inovado em estender a proteção dos embargos ao terceiro detentor de posse ou direitos sobre bens constrictos judicialmente, é bem provável que os vírus do Regulamento nº 737 tenham contaminado por muito tempo a jurisprudência da época, exigindo do diploma de 1.973 a edição de regra expressa a permitir a proteção da só posse por meio da ação de embargos, com a finalidade de pacificar a questão. Isso porque a extensão do regulamento às causas cíveis, por força do Decreto nº 763/1890, teve exatamente objetivo adverso, qual seja, desautorizar a proteção do possuidor destituído de domínio, devido à influência da plutocracia latifundiária.

Nossa atenção à regra do art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil, assim, deve estar mais voltada à permissão contida no dispositivo do que a eventuais exegeses limitativas do instituto, sendo, portanto, manejável, por meio dos embargos de terceiro, tanto pedido de manutenção ou restituição do possuidor de bens, como eventuais petitórios de imissão na posse, formulados por terceiro exclusivamente senhor, cujos bens de sua propriedade sejam apreendidos em litígios entre estranhos.

No último caso, assumirão os embargos de terceiro feição análoga à ação de imissão de posse (com o qualificativo de o ato lesivo decorrer de atividade jurisdicional), que, muito embora não prevista de forma expressa no diploma de 1.973, em contraposição ao que se dava no CPC de 1.939 (art. 381, incisos I a III), continua existindo no direito pátrio, conforme acredita Washington de Barros Monteiro, caso em que o autor poderá propô-la desde que imprima ao feito o rito comum (ação ordinária de imissão de posse)¹⁹⁰.

Cabem, assim, em resumo, os embargos de terceiro: a) ao senhor; b) ao possuidor; c) ao senhor e possuidor; d) ao titular de direitos sobre coisas incorpóreas apreendidas em processo de que não faça parte. Eis o ponto de partida para o estudo da legitimidade dos embargos aqui abordados, tema dos mais tortuosos com relação ao assunto, a ser tratado no capítulo seguinte.

¹⁸⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 57.

¹⁹⁰ Op. cit. p. 51. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 83.

3 – LEGITIMIDADE DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

3.1 – LEGITIMIDADE ATIVA.

3.1.1 – TERCEIRO.

Legitimidade, também chamada de **qualidade para agir** por Moacyr Amaral Santos¹⁹¹, pode ser qualificada como aptidão genérica para demandar, sob a ótica

¹⁹¹ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 146. Segundo o jurista: “São legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito: legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão, passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na

do autor, por ser ele potencialmente titular do direito material reclamado com a inicial e, sob o prisma do réu, como viabilidade para ser acionado, ante o fato de ser em tese a pessoa que se deve subordinar à postulação contida na proemial¹⁹². É a pertinência subjetiva da ação, na clássica lição de Buzaid¹⁹³.

Para os juristas Cintra, Grinover e Dinamarco, como desdobramento da idéia de utilidade do provimento jurisdicional, tem-se a regra de que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º CPC). “Assim, em princípio, é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)¹⁹⁴.”

Ordinariamente, a legitimidade ativa para propor os embargos é afeta ao terceiro, ou seja, àquele que não figura como parte (autor ou réu) no processo tido como principal¹⁹⁵. Contudo, extremar parte e terceiro na execução constitui tarefa árdua¹⁹⁶, máxima essa que se aplica aos demais tipos de processo (de conhecimento e cautelar) e procedimentos especiais, seja de jurisdição contenciosa, seja simplesmente voluntária. “De qualquer sorte, a existência de um meio específico para separar bens que não se sujeitam, concretamente, a atos jurisdicionais, em dado processo, representa necessidade palpável no tráfico jurídico¹⁹⁷.”

Nessa contingência, a doutrina tem tentado, sem muito consenso, estabelecer critérios objetivos para se aferir a qualidade de terceiro ao processo de onde se originou o ato de apreensão judicial, decodificando assim a legitimidade ativa dos embargos. Conforme lecionam com acuidade Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “As partes na relação processual são autor e réu, isto é, aquele que pede e aquele em face de quem se pede algo em juízo. É terceiro quem

pretensão. Fala-se então em legitimidade ordinária, porque reclamada para a generalidade dos casos.”

¹⁹² ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 423.

¹⁹³ *Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 1956.

¹⁹⁴ *Teoria Geral do Processo*, p. 258.

¹⁹⁵ Para Luiz Ambra, terceiro é o antônimo de parte, haja ou não sentença na lide (*Dos Embargos de Terceiro*, p. 20).

¹⁹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.193.

¹⁹⁷ *Idem*.

não é parte na relação jurídica processual, quer porque nunca o foi, quer porque dela tenha sido excluído¹⁹⁸.”

Aquele que figurava *a priori* no processo, mas por força de decisão interlocutória ou sentença foi reconhecida sua ilegitimidade, ou deixou de ser condenado, em sofrendo atos de apreensão judicial na fase de cumprimento de sentença, é considerado terceiro para fins aplicar os embargos¹⁹⁹. Por outro lado, o que ainda não foi citado, ou o foi de forma nula, mas se encontra incluído na inicial, não deixa de ser parte²⁰⁰, pelo que não pode fazer uso dos embargos de terceiro, sendo-lhe facultado apenas apresentar os meios ordinários de defesa, como contestação, reconvenção e exceção, e, em se tratando processo de execução, de embargos do devedor.

A qualidade jurídica de terceiro, segundo a melhor lição, deve ser extraída do direito processual e não material²⁰¹; assim, aquele que foi ilegitimamente incluído no processo, não é considerado terceiro, não podendo embargar nessa qualidade; doutra banda, o que deveria ter sido chamado ao processo principal (litisconsorte necessário preterido) e não o foi, não é parte²⁰², podendo utilizar-se dos embargos circunscritos no art. 1.046 e seguintes do CPC.

A regra, porém, não se acomoda com requinte à diversidade dos casos. Para melhor identificação do legitimado ativo, é necessário verificar a efetiva situação jurídica do embargante no processo principal, pois pode ocorrer que a parte nesses autos também apareça como terceiro²⁰³. José Frederico Marques, nessa senda, ensina-nos que: “Os embargos são de terceiro; mas, como tal, deve entender-se não a pessoa física ou jurídica que não tenha participado do feito, mas a pessoa titular de um direito outro que não tenha sido atingido pela decisão judicial
204 .”

¹⁹⁸ *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.219.

¹⁹⁹ Em tom semelhante: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Embargos de Terceiro*, p. 8-9.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 9.

²⁰¹ Mesmo porque “a noção de parte, *em sentido substancial*, que seria o sujeito da ‘lide’ ou da relação controvertida (e que um setor da doutrina contrapõe à parte *em sentido processual*), é estranha à lei e ao sistema de direito processual”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I, p. 124-125).

²⁰² PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 29. Ainda no sentido do texto: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 25-26; “Quem não foi parte, embora devesse ter essa qualidade, pode opor embargos de terceiro.” (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 971).

²⁰³ ALEM, José Antônio. *Embargos de Terceiro*, p. 15.

²⁰⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. V, p. 455.

Com efeito, para determinar se alguém é ou não parte no processo, não basta se ater à sua identidade física, devendo-se levar em conta, outrossim, a qualidade jurídica que a levou ao feito, de modo que a mesma pessoa possa ostentar, simultaneamente, a qualidade parte e terceiro no processo, se for diverso o título jurídico que legitima esse duplo papel²⁰⁵. Assim, o terceiro é, ao mesmo tempo, quem não participou do processo, mas também quem defende nos embargos um direito diferente, que não foi objeto de apreciação judicial²⁰⁶.

Nessa ordem de idéias, o herdeiro do devedor, conquanto parte na execução para fins de se submeter aos efeitos da dívida deixada pelo falecido (art. 568, inciso II, do Código de Processo Civil), no que transcende às forças da herança, é considerado terceiro (art. 1.997, *caput*, segunda parte, do Código Civil), detendo legitimidade para embargar²⁰⁷ e desvincilhar os bens originariamente seus da órbita da responsabilidade patrimonial afeta ao *de cuius*.

Em conseqüência, podem ser considerados ‘terceiros’, com legitimidade para apresentar embargos, todos aqueles que tenham um direito que o ato de aprisionamento judicial (ocorrido em processo do qual não façam parte) constrange ou suprime e, em identidade de situação, os que figuram na ação original sob título diverso do apresentado nos embargos²⁰⁸.

Havendo a possibilidade concreta de uma pessoa figurar simultaneamente como parte e terceiro no mesmo processo, sendo igualmente nebulosa a distinção dos conceitos, a aferição da legitimidade ativa nos embargos, como das demais condições das ações, deve ser feita, de acordo com a lição de Kazuo Watanabe, *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com o que vier mencionado pelo embargante na inicial²⁰⁹, prevalecendo, na dúvida, a qualidade de terceiro para fins de recebimento do remédio jurídico dos embargos.

Dessa forma, se, da narrativa dos fatos e direitos invocados pelo embargante na exordial, decorrer a plausibilidade de ostentar o qualificativo de terceiro ao litígio original, deve-lhe ser deferida chance para comprovação da alegada figura jurídica adversa à causa, no curso da instrução dos embargos de terceiro, postergando-se maiores considerações para a futura sentença de mérito,

²⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos de Terceiro – Rejeição in limine*. Parecer, in. RT 160, p. 528.

²⁰⁶ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX, p. 294.

²⁰⁷ SANTOS, Ernani Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, 120; PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*, p. 26.

²⁰⁸ AMBRA, Luiz. Op. Cit. p. 24.

²⁰⁹ *Da Cognição no Processo Civil*, p. 170.

após regular dilação probatória, onde o órgão julgador propugnará pela procedência ou improcedência da lide (art. 269, inciso I, do CPC).

O terceiro legitimado a utilizar-se dos embargos é o senhor, possuidor, senhor e possuidor de bens, ou detentor de direitos apreendidos em processos alheios, consoante interpretação mais abrangente da regra do art. 1.046, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil pátrio, cujas ponderações já foram efetivadas no capítulo anterior. Remetemos, desse modo, o leitor, ao tópico correspondente, para melhor orientação sobre o assunto.

3.1.2 – PARTE EQUIPARADA A TERCEIRO.

Ainda que figurem como parte na lide original, autor ou réu podem embargar de terceiro nos casos onde a lei admite a equiparação. O primeiro deles vem expresso de forma ampla no § 2º, do art. 1.046, do diploma instrumental, que assim dispõe: “Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.”

Referida disposição é inédita, não constando da redação do Código de Processo Civil anterior, nem dos ordenamentos precedentes. No entanto, a idéia de se considerar legitimado aos embargos não apenas o terceiro, mas todo aquele que ostentasse qualificativo jurídico estranho à causa, seja ou não parte, é bem antiga, constando de forma expressa da obra de Oliveira Conde, elaborada à época do Regulamento nº 737, quando afirma o seguinte: “...cumpre excepcionar dentre os bens do próprio executado, ou sujeito passivo da obrigação exeqüível, aquelles que, pela qualidade em que elle os possuiu ou pelo respectivo título acquisitivo, não devam responder pela execução²¹⁰.”

Sob a égide do diploma anterior, igualmente, alguns doutrinadores já admitiam a equiparação. Carvalho Santos asseverou que o art. 707 do CPC de

²¹⁰ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 15.

1.939, correspondente ao atual 1.046, deveria ser interpretado inteligentemente, exatamente “porque, muitas vezes, o próprio executado pode opor-se como terceiro, com embargos, desde que os bens apreendidos sejam seus, mas que, pela qualidade em que os possui, ou pelo título de aquisição, não devam responder pela execução²¹¹.”

Para dissipar qualquer dúvida, o ordenamento em vigor fez constar de forma expressa a previsão de embargos de terceiro interpostos por parte àquele equiparado²¹², com vistas a abstrair da constrição judicial os bens que a ela não se sujeitam por força da dubiedade de figuras jurídicas representadas na ação principal e nos embargos²¹³. Inspirou-se, em disposição do antigo art. 1.037, do Código Processo de Portugal, que assim rezava: “O próprio condenado ou obrigado pode deduzir embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo título da sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não devam ser atingidos pela diligência ordenada²¹⁴.”

Curial que se faculte ao autor ou réu embargar de terceiro em dadas situações, por razões de ordem prática, onde a manutenção da constrição é injusta, sendo que a parte não teria a seu dispor qualquer remédio jurídico para proteger os bens ou direitos indevidamente molestados, se não fosse a equiparação albergada no § 2º, do art. 1.046 do CPC. O devedor, por exemplo, que vê penhorado em execução imóvel por si possuído, na condição de mero comodatário, sendo inquestionável o mérito da dívida, não teria qualquer defesa plausível para evitar a apreensão do objeto do comodato, caso não existisse a equiparação legal em comento.

A admissibilidade dos embargos de terceiro, manifestados por quem seja parte, está condicionada à diversidade de títulos que importou o comparecimento da pessoa nos embargos e na causa principal, onde se originou a apreensão²¹⁵. Duas são as situações legitimadoras, conforme se depreende do texto da própria lei, decorrentes ou da qualidade da posse, ou do título da aquisição, que tornam a coisa

²¹¹ *Código de Processo Civil Interpretado*, vol. VIII, p. 201.

²¹² Como bem dito por Ernane Fidélis dos Santos, “Nosso Código primou, sobretudo, pela abundância de esclarecimentos. Daí ter consagrado nos §§ 2º e 3º do art. 1.046, regras de legitimação de interesses que a doutrina já adotava. Na verdade, tais casos, mesmo que não expressos, deveriam se incluir na conceituação de terceiro.” (*Procedimentos Especiais*, p. 268).

²¹³ Doutrina Arruda Alvim: “a mesma parte, no mesmo processo, pode ter distintas qualificações jurídicas”. (*Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 452.

²¹⁴ Apud. PRATA, Edson. Op. cit. p. 13.

²¹⁵ BARROS, Hamilton de Moraes e. Op. cit. p. 294.

infensa à ordem de apreensão judicial mesmo perante as partes, autorizando autor ou réu a arquivar os embargos de terceiro.

No tocante ao título de aquisição, a tornar os bens inatingíveis pelo aprisionamento judicial, cite-se como exemplo a coisa transferida ao devedor com cláusula de inalienabilidade (portanto impenhorável, com força no art. 648, do CPC)²¹⁶. Imaginemos que, instituída a disposição contratual, a *res se vê* arrestada em execução posteriormente movida contra o beneficiário da inalienabilidade; faculta-se, nesse caso, à parte (executado), embargar como terceiro, para afastar a apreensão indevida, sendo contudo razoável permitir a defesa de tal direito na via dos embargos do devedor, com força no princípio da fungibilidade²¹⁷.

Outra hipótese de diversidade de títulos aquisitivos de bens, que legitima os embargos: “O condômino que seja também proprietário do prédio contíguo, mesmo participando da ação de divisão, pode embargar, como terceiro, se a linha do perímetro invadir a propriedade que é sua²¹⁸.” Descortina-se, ainda, legitimidade para a parte embargar como terceiro, mediante o permissivo legal em comento, se adquiriu o bem a crédito com reserva de domínio a outrem.

A segunda figura da equiparação prevista na norma em epígrafe, mais comum, decorre da qualidade da posse exercida sobre o bem, que igualmente o torna incólume à constrição judicial mesmo perante as partes originárias, que podem defendê-lo via embargos de terceiro. Casos citados com frequência pela doutrina ocorrem: quando a penhora atinge coisa que o devedor possui como mero locatário²¹⁹; em ação possessória cujo mandado é cumprido em bem distinto daquele disputado nos autos originais, pertencente ou não ao sucumbente²²⁰; ou ainda sendo o objeto de arrendamento mercantil arrestado ou seqüestrado em ação movida contra o arrendatário.

Nesses casos, faculta-se à parte, ao apresentar embargos de terceiro, em sendo possuidora direta do bem, invocar domínio alheio, permissivo esse contido no art. 1.050, § 2º, do Código de Processo Civil.

²¹⁶ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. Op. cit. p. 30; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Imóvel Hipotecado e a Execução de Terceiro*, p. 10.

²¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Embargos de Terceiro ou Embargos do Devedor: Fungibilidade de Ações*, p. 239.

²¹⁸ BARROS, Hamilton de Moraes e. Op. cit. p. 295.

²¹⁹ SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 3, p. 120.

²²⁰ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*, p. 135.

De bom grado asseverar que em hipóteses semelhantes, o detentor do domínio, igualmente, pode se valer da faculdade dos embargos de terceiro, para repelir a constrição judicial incidente sobre seu bem, em ação movida contra o possuidor direto. No caso de arrendamento mercantil, para se ter uma idéia, em havendo penhora sobre o bem em execução movida contra o arrendatário, faculte-lhe opor embargos, com base nos permissivos legais acima elencados (equiparação legal), invocando o domínio alheio, ficando ao senhor igualmente reservada a possibilidade de embargar de terceiro. Qualquer deles terá remédio hábil à sua disposição para afastar a indevida constrição, sendo caso de dupla legitimidade.

Grande parte da doutrina, inclusive escorada em decisórios de cortes superiores, entende que o vencido na ação principal pode opor embargos de terceiro, com base no § 2º, do art. 1046 do CPC, se a execução, *rectius*, cumprimento de sentença, der-se sobre bem que não foi objeto da ação²²¹. Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamani entendem, todavia, que versando a execução para entrega de coisa certa sobre bem diverso de propriedade do devedor, o caso seria de típicos embargos à execução²²².

Em se tratando de execução por título extrajudicial, tais matérias deveriam ser debeladas em autênticos embargos do devedor, com fulcro no art. 745, inciso III, combinado com o art. 743, inciso II, do Código de Processo Civil, sem prejuízo de aplicação do princípio da fungibilidade, recebendo os embargos de terceiro como se tratassem daqueles, uma vez que existe concreta dúvida doutrinária e jurisprudencial acerca da ação defensiva cabível nesses casos²²³.

Entretanto, sendo o ato de constrição praticado na fase de cumprimento de sentença, por força de título judicial que condenou o devedor à entrega de coisa certa, diante da desnecessidade de o credor veicular a *actio iudicati*²²⁴, satisfazendo-se a pretensão creditória com a mera expedição e cumprimento do mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse (art. 475-I, combinado com

²²¹ NEGRÃO, Theotônio. Op. cit. p. 974.

²²² Op. cit. p. 325.

²²³ Ponderando a aplicação do princípio da fungibilidade, havendo no caso concreto dissenso acerca do cabimento dos embargos de terceiro ou embargos à execução, de modo a não poder a parte se sujeitar aos rigores técnicos inerentes a uma ou outra corrente: YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit. p. 241.

²²⁴ Comentando o cumprimento de sentença para entrega de coisa, o Ministro Luiz Fux diz: "Preliminarmente, cumpre destacar que o rito segue o parâmetro operativo previsto no art. 461-A do CPC, revelando-se sincrética e executiva, *lato sensu*, engendrável na própria relação de cognição." (*A Reforma do Processo Civil*, p. 166).

o art. 461-A, § 2º, do CPC), seja bem móvel ou imóvel, sequer haverá oportunidade para apresentação de embargos à execução²²⁵.

Assim, somente restará ao vencido, que viu apreendida judicialmente coisa diversa da constante do título judicial (ainda que de sua propriedade), a utilização do remédio dos embargos de terceiro, com espeque na equiparação legal contida no art. 1.046, § 2º, do estatuto processual codificado.

3.1.3 – EMBARGOS DO CÔNJUGE.

3.1.3.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O segundo caso de assemelhação de parte a terceiro, decorre do cônjuge, que poderá opor embargos para a defesa de seus bens, em ações movidas contra o outro consorte, ainda que tenha sido intimado pessoalmente sobre a constrição existente em imóvel do casal. Nessa linha, dispõe o § 3º, do art. 1.046, do CPC: “Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados e de sua meação.”

A viabilidade de o cônjuge embargar como terceiro a execução movida contra o outro não é recente, embora não constasse de forma expressa da redação do Código de Processo Civil de 1.939. À época dos Códigos Estaduais, o diploma do Distrito Federal contemplou claramente a possibilidade de manuseio de embargos de terceiro pela mulher casada, sem necessidade de autorização do marido, quanto aos bens dotais ou próprios, administrados pelo varão (art. 504)²²⁶. Em sua obra, Oliveira Conde destaca acórdão antigo, prolatado à época do Regulamento nº 737, afastando a legitimidade da esposa para embargar a execução, se não foi citada para compor a lide, ainda que intimada da penhora em imóvel do casal, quando deveria ela se valer de embargos de terceiro²²⁷, entendimento esse que resistiu heroicamente ao tempo, estando, inclusive, hodiernamente, sumulado de forma

²²⁵ Segundo José Miguel Garcia Medina, somente na execução para a entrega de coisa fundada em título executivo extrajudicial, o executado pode apresentar embargos. (*Processo Civil Moderno – Execução*, p. 293).

²²⁶ Apud. PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*, p. 12.

²²⁷ “A mulher casada, que não foi citada para a acção e começo da execução, e só foi intimada da penhora por haver recaído em bens immoveis, não pôde oppôr á execução embargos do executado e sim de terceiro.” (op. cit. p. 90).

análoga em nível de Superior Tribunal de Justiça, conforme veremos oportunamente.

Em face dos termos amplos em que se encontra vazado o § 2º, do art. 1.046 do CPC, Ruy Rosado de Aguiar Júnior alerta mesmo sobre eventual desnecessidade do § 3º em comento, porquanto a mulher, ou melhor, o cônjuge, apesar de ser parte na execução, vem a juízo exatamente defender bens que não podem ser apreendidos pelo título de sua aquisição ou pela qualidade da posse exercida²²⁸. Alerta que, na verdade, a regra do § 3º é meramente explicativa do contido no § 2º, vindo ao Código apenas para explicitar melhor a posição do cônjuge, em virtude de divergência jurisprudencial persistente na validade do diploma instrumental de 1.939²²⁹.

A bem da verdade, a elucidação da norma era tão necessária, que até mesmo na vigência do atual estatuto, pese a existência de regra expressa, há quem negue possibilidade de o cônjuge embargar de terceiro para a defesa de seus bens, quando intimado da penhora em imóvel do casal. Vale aqui transcrever decisório antigo oriundo do Pretório Excelso, logo na entrada em vigor do CPC atual, a que aludimos a título de consideração histórica: “A mulher casada é parte, não terceiro, em litisconsórcio passivo necessário com o marido, na ação executiva movida contra este, se a penhora recai em bens imóveis. É, assim, carecedora de ação de embargos de terceiro²³⁰.”

Com base nessa interpretação, Javert Prado Martins Filho denota que a mulher deverá, em embargos do executado, e não de terceiro, defender a sua meação, provando que a dívida adquirida pelo marido não foi contraída em benefício e no sustento da família²³¹. Por igual, José Mauro Flores fala que a regra do § 3º, do art. 1.046, somente tem aplicabilidade quando o cônjuge não chega a ser intimado da penhora incidente sobre bens do casal, quer por inobservância da regra do 669, § 1º, do CPC, quer por versar a constrição sobre móveis²³².

Da forma como redigida a norma legal em comento, no entanto, indene de dúvidas a possibilidade extraída ao cônjuge de empregar os embargos de terceiro,

²²⁸ *Embargos de Terceiro*, p. 11.

²²⁹ Idem. Acentua Carlos Alberto Ortiz que na vigência do diploma de 1.939, o Supremo Tribunal Federal assentou que, em qualquer hipótese, a mulher era parte no processo e deveria se defender via embargos à execução, ou contestação na ação executiva. (*Embargos de Terceiro*, p. 155).

²³⁰ STF – 2ª Turma – RE nº 92.212-7 / RS – Rel. Ministro Cordeiro Guerra – j. 21.03.80.

²³¹ *Embargos de Terceiro*, p. 21.

²³² *Dos Embargos de Terceiro pela Mulher Casada – Questão Preliminar*. In. RT 522, p. 30.

ainda que tenha comparecido ao feito, por conta da intimação extraída da medida constritiva sobre o imóvel da família. Deve, portanto, ser repelida a jurisprudência no sentido de a mulher casada não poder opor embargos de terceiro quando, na execução movida contra o marido, for ela citada ou intimada para a ação²³³.

Não se há como negar que o cônjuge é parte no feito, caso contrário, não haveria sentido a melhor doutrina que acoima a assistência legítima para embargar à execução, caso pretenda discutir o mérito do débito exequendo. Todavia, com o fulcro específico de livrar sua meação, os bens particulares, os reservados e os dotais do ato de apreensão judicial, o cônjuge é equiparado ao terceiro para fins de aplicar os embargos previstos no art. 1.046, do CPC.

Em resumo, se a mulher casada (ou o marido, no caso de a ação ser emparelhada contra aquela) objetiva impugnar a pretensão executiva, é-lhe facultada a oposição de embargos à execução, ao passo que, se deseja apenas excluir da penhora a sua meação, a via hábil será a dos embargos de terceiro²³⁴, não obstante, com suporte nos princípios da instrumentalidade e economia processual, tenha se admitido ao cônjuge postular a exclusão de sua meação em embargos do devedor²³⁵.

Para fins de manejar embargos de terceiro, visando excluir sua meação ou os bens particulares, “não importa o fato de ter sido, ou não, a mulher intimada da penhora, já que seu comparecimento nos embargos se dá a título jurídico diverso daquele com que se lhe fez a intimação²³⁶.” Esse entendimento, hoje, vem encampado de forma explícita pela Súmula 134, do Superior Tribunal de Justiça: “Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.”

Ainda que, a princípio, o cônjuge direcione sua defesa para atacar a dívida contraída exclusivamente pelo outro consorte, empregando, por exemplo, exceção de pré-executividade²³⁷ ou embargos à execução para alegar a nulidade decorrente de obrigação firmada sem a sua aquiescência (em desobediência ao art. 1.647, do

²³³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo de Execução*, p. 368.

²³⁴ GONZAGA, Vair. *Embargos de Terceiro*, p. 313.

²³⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*, p. 668.

²³⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 397. No mesmo sentido: BARROS, Hamilton de Moraes e. *Dos Embargos de Terceiro*.

²³⁷ No que tange à legitimidade do cônjuge para arguir exceção de pré-executividade, visando fulminar execução movida contra o consorte, consultar: MARQUES, Luiz Gustavo. *A Exceção de Pré-Executividade*, p. 114-116.

Código Civil)²³⁸, em recolhendo decreto de improcedência, ainda lhe será facultado, sucessivamente ao trânsito em julgado do primeiro remédio, embargar de terceiro²³⁹, desde que não vencido o prazo do art. 1.048, do CPC.

Vergasta, porém, essa última orientação, José Raimundo Gomes da Cruz, para quem a mulher casada, uma vez comunicada da constrição, deverá defender sua meação no prazo dos embargos à execução, sob pena de preclusão, sendo que, em outras ações, ou mesmo em execuções onde não ocorra a mencionada intimação, a varoa poderá utilizar os embargos de terceiro em seu devido lapso.²⁴⁰ Já José Ysnaldo Alves Paulo entende que o cônjuge pode se valer simultaneamente das duas ações, mas, uma vez citado ou intimado da penhora deferida sobre imóvel do casal, o prazo para apresentar os embargos à execução e de terceiro é único, não sendo justo admitir ao consorte se beneficiar do interstício dilatado previsto no CPC para embargos de terceiro, *i.e.*, cinco dias após a arrematação, a adjudicação ou a remição²⁴¹.

O acolhimento de notáveis opiniões, contudo, implicaria interpretação *contra legem*, de modo que entendemos poder a pessoa casada opor quaisquer embargos em seus devidos termos.

Por outro lado, se a execução é movida desde início contra o casal, uma vez que ambos contraíram a dívida, não assiste a qualquer dos consortes a possibilidade de embargar como terceiro²⁴². A essa hipótese de exclusão de embargabilidade, Humberto Theodoro Júnior acrescenta ainda o caso de a execução ser direcionada, desde início, contra a mulher, não porque ela também participou da obrigação, mas tendo em vista a afirmação do credor, na inicial, de que o débito do marido aproveitou a família, pois, nesse caso, “a questão da responsabilidade da meação ou dos bens reservados já, de início, integra o objeto da lide, de maneira que não poderá ser subtraído ao alcance do julgado da causa principal²⁴³.” Aí, estará o cônjuge jungido a se defender via embargos de devedor.

²³⁸ “Não poderá o cônjuge, sem a autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: “I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III – prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.”

²³⁹ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 295.

²⁴⁰ *A Defesa da Mulher do Devedor na Ação Executória*. in. RT 522, p. 13-14.

²⁴¹ *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*, p. 86.

²⁴² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Op. cit. p. 668.

²⁴³ Op. cit. p. 398.

Eventual dúvida objetiva acerca do remédio cabível pelo cônjuge no caso concreto, se embargos à execução ou embargos de terceiro, não impede seja aplicado o princípio da fungibilidade das ações. Sendo a matéria complexa, solução ideal será o conhecimento dos embargos de terceiro como embargos do devedor e vice-versa, respeitado o prazo para a oposição correta ²⁴⁴, problema esse que somente abrangerá a primeira hipótese, por versar lapso mais reduzido.

O objeto mediato dessa modalidade de embargos de terceiro, ou seja, o bem da vida tutelado, é a meação do cônjuge embargante, seus bens reservados, os dotais, ou os particulares dele próprio, cuja posse ou propriedade se vê molestada pelo ato de apreensão judicial na ação principal, não podendo, por exclusão, a mulher utilizar os embargos de terceiro para livrar os bens particulares e da meação do marido²⁴⁵, ou vice-versa, devendo, para tanto, utilizar-se do remédio jurídico dos embargos do devedor, quando será oportunizada a discussão direta acerca do mérito da obrigação contraída pelo outro consorte, ou sobre os pressupostos processuais e condições da ação executiva.

Quanto aos bens reservados, previstos na norma calcada no art. 246, do antigo Código Civil, não repetida pelo novo diploma substancial, ou seja, os que decorrem do exercício de profissão lucrativa pela mulher, separadamente do marido, em casamento formalizado sob o regime da comunhão universal ou parcial, integrando assim patrimônio distinto do varão²⁴⁶, há quem sustente a não recepção da embargabilidade, por força do disposto no art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1.988 ²⁴⁷. Encampamos tal lição, tendo em conta que a carta política reiteradas vezes estabelece a igualdade entre homem e mulher, de modo que esta não é mais colaboradora, mas também exerce a chefia da sociedade conjugal juntamente com aquele ²⁴⁸. Nessa nova ordem, não mais se sustenta a perseverança da figura dos bens reservados.

²⁴⁴ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 975; YARSHELL, Flávio Luiz. *Embargos de Terceiro ou Embargos do Devedor: Fungibilidade de Ações*, p. 240.

²⁴⁵ Todavia, já se decidiu que: “A mulher possui legitimidade para manejar embargos de terceiro visando à desconstituição da penhora realizada sobre a metade pertencente ao marido, ao fundamento de tratar-se de bem de família, ainda que a meação tenha sido resguardada no ato de construção.” (STJ – 4ª T. – Resp. 151.281 / SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 19.11.98 – DJU 01.03.99 – RT 765/167).

²⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º vol, p. 167-168.

²⁴⁷ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 74.

²⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 493.

Outra observação a fazer, com relação ao objeto mediato dos embargos de terceiro opostos pelo cônjuge, diz respeito aos bens dotais (CC 1.916, art. 278 e seguintes), ou seja: “a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido, para que este, de suas rendas tire os recursos necessários à sustentação dos encargos matrimoniais, sob condição de restituí-los depois de terminada a sociedade conjugal ²⁴⁹.” O regime dotal foi extinto pelo estatuto codificado material de 2.002, de modo que a disposição processual referida permanece aplicável unicamente aos casamentos celebrados na vigência do Código anterior²⁵⁰.

Atualmente, portanto, salvo os raros casamentos ainda remanescentes sob o regime dotal, a norma legal do § 3º, do art. 1.046, do CPC se destina unicamente à salvaguarda da meação e dos bens reservados do cônjuge, atingidos pela constrição judicial.

3.1.3.2 – EMBARGOS DE TERCEIRO DO CONVIVENTE.

Grassa o entendimento de que a equiparação de parte a terceiro aqui analisada também beneficia o companheiro, devido à proteção constitucional conferida à união estável (CF 1.988, art. 226, § 3º), definida como relacionamento público, contínuo e duradouro entre duas pessoas de sexo distinto, com finalidade de constituição de entidade conjugal ²⁵¹. Leciona Celso Ribeiro Bastos que a família é reconhecida como base da sociedade e merecedora de proteção estatal, estendendo-se a tutela também às outras formas de união entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento²⁵².

Ainda que não seja o imo do presente trabalho fazer digressões sobre a isonomia constitucional da união estável ao casamento²⁵³, entendemos que para o fim específico de aplicar a norma prevista no § 3º, do art. 1.046 do CPC, a analogia permite o emprego dos embargos de terceiro pelo companheiro sem maiores dificuldades práticas, mesmo porque, na pior das hipóteses, o título jurídico em que defende sua meação se acomodaria tranqüilamente ao § 2º do dispositivo supra. Ao convivente, dessa forma, assiste legitimidade ativa para embargar de terceiro a ação

²⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, p. 183-184.

²⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 2, p. 325.

²⁵¹ Lei nº 9.278/96, art. 1º.

²⁵² *Curso de Direito Constitucional*, p. 493.

²⁵³ Destacando a **quase-completa** identidade entre as famílias provenientes do casamento e as que de outro modo se constituíram: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil – Família*, p. 132.

movida contra o outro, caso nela seja praticado ato de apreensão judicial ofensivo ao patrimônio comum, ou aos bens particulares do primeiro.

Citemos, a título de elucubração, o julgado que ora segue:

UNIÃO ESTÁVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS PELA COMPANHEIRA COM O OBJETIVO DE EXCLUIR A SUA MEAÇÃO DA PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO COM O ESFORÇO COMUM – LEGITIMIDADE – Reconhecida a união estável por sentença transitada em julgado, é a companheira parte legítima para oferecer embargos de terceiro com o objetivo de excluir a sua meação da penhora incidente sobre imóvel adquirido em conjunto com o companheiro. Recurso especial conhecido e provido²⁵⁴.

Vamos além, porquanto, em nossa concepção, não há sequer necessidade de preexistência de sentença judicial transitada em julgado reconhecendo a união estável, para legitimar à companheira o uso dos embargos de terceiro visando excluir sua meação. Pode a convivência ser demonstrada incidentalmente no bojo dos embargos, pelos meios regulares de convicção, desde que a prova exigida não deponha contra a sumariedade de cognição que lhe é peculiar. Essa é, segundo Theotônio Negrão, a orientação que tem prevalecido recentemente ²⁵⁵.

Sensível à aludida circunstância, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, inteligentemente, prega que os embargos de terceiro opostos por quem alega união estável, não poderão ensejar indeferimento liminar pela simples ausência de comprovação sumária *ab initio* da qualidade de assemelhado a terceiro²⁵⁶, exigida pelo art. 1.050, *caput*, do Código de Processo Civil. A prova *initio litis* propugnada por essa regra legal é a documental e, comumente, a união estável não se encontra catalogada por cártulas, salvo os casos, raríssimos, de contrato escrito de sociedade de fato, ou existindo filhos comuns, ou ainda havendo inscrição do companheiro em plano de saúde ou dependente em instituto de previdência pública ou privada, dentre outros.

Em verdade, conforme será relatado no momento oportuno, a exigência de instrução da exordial com prova sumária da posse e da qualidade de terceiro, por si só, deve ser compreendida com as devidas reservas, destinando-se mais como elemento condicionador da obtenção de medida liminar pelo embargante, do que como requisito essencial da petição inicial.

²⁵⁴ STJ – 4ª T. – REsp 93355 / PR – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 18.12.2000 – p. 197.

²⁵⁵ Op. cit. p. 976.

²⁵⁶ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 35.

Assim, inexistindo a prova sumária da união estável, apta a ensejar a equiparação do companheiro a terceiro, o juiz deverá designar audiência preliminar para possibilitar ao embargante a comprovação de sua qualidade, facultando-lhe oitiva de testemunhas (CPC, art. 1.050, § 1º).

Com relação à união homoafetiva, sem adentrar de modo efusivo na polêmica questão²⁵⁷, há os que entendem ser juridicamente tutelável essa forma de consórcio, ganhando a tese foros de veracidade nas superiores instâncias, inclusive para fins de cadastro do companheiro em planos assistenciais. À guisa de elucidação, citam-se os seguintes decisórios:

A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana²⁵⁸.

A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. (...) Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dêis que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu (...) Recurso especial conhecido e provido²⁵⁹.

Reconhecida a juridicidade da união homoafetiva, ao menos por parte dos doutrinadores, apta a gerar direitos e obrigações perante os companheiros do mesmo sexo, poderá qualquer deles defender a metade que lhe cabe dos bens adquiridos com esforços comuns, opondo embargos de terceiro contra apreensões judiciais praticadas em processo contra o parceiro, aplicando-se analogicamente os §§ 2º e 3º do tão falado art. 1.046 do CPC.

²⁵⁷ José Luiz Gavião de Almeida explica que: “há projeto de lei em andamento (Projeto nº 1.151 de 1995) que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Conquanto a matéria tenha merecido discussão parece que apenas alteração constitucional poderia vir a permitir que se incluísse como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.” (Op. cit. p. 135).

²⁵⁸ STJ – 3ª T. – REsp 238715 / RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 07.03.06 – DJU 02.10.2006, p. 263.

²⁵⁹ STJ – 4º T. – REsp 820475 / RJ – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Rel. p/ o acórdão Min. Luis Felipe Salomão – j. 02.09.2008 – Dje 06.10.2008.

3.1.3.3 – ÔNUS DA PROVA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO CÔNJUGE.

O ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos do direito do demandante, segundo se deflui da redação do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, a ele compete²⁶⁰, devendo, portanto, por regra, o autor dos embargos demonstrar não apenas a ilegalidade da constrição judicial, mas, mais que isso, sua condição efetiva de terceiro²⁶¹, por ser detentor de qualidade jurídica estranha à causa donde proveio a ordem de apreensão.

Apesar de simplória, a regra em comento traduz perplexidades práticas ainda não solvidas pela doutrina e jurisprudência, restando oscilantes, especialmente quanto aos embargos de terceiro do cônjuge, opostos na defesa dos bens particulares e dos integrantes de sua meação. Se a dívida é contraída por ambos os consortes, como já relatado no momento oportuno, os dois serão partes na ação principal e sequer haverá ensanchas aos embargos de terceiro. Todavia, quando o título de obrigação é firmado apenas por marido ou mulher, sem o assentimento (e muitas vezes até contra a vontade) do outro, a situação se complica.

Porque, quanto a esse, assim dispõe o art. 3º, da Lei nº 4.121/62, mais conhecida como Estatuto da Mulher Casada: “pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.”

Aplicando-se a letra fria da norma, nem mesmo quando o débito contraído por um só dos consortes inequivocamente beneficiar o casal ou a entidade familiar, responderá a parcela do patrimônio do outro cônjuge. Consoante Edson Ribas Malachini, a lei é muito clara e não deixa espaço para tergiversação: os bens que respondem pela execução são apenas os de propriedade do cônjuge devedor, o que firmou o título obrigacional²⁶², não os particulares e os integrantes da meação do consorte que não aquiesceu ao ato de se obrigar.

²⁶⁰ “Quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, p. 25.

²⁶¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.220.

²⁶² *Impenhorabilidade da Meação do Cônjuge não Devedor*, p. 29.

Nunca é demais lembrar, todavia, que o diploma legal acima mencionado remonta a data antiga, quando a mulher casada, de modo geral, ainda se encontrava em situação de subserviência ao marido, sujeitando-se aos desmandos deste, que por lei era responsável pela administração dos bens da varoa. Assim, a regra contida no art. 3º, da Lei nº 4.121/62 tinha por finalidade, naquele diapasão, preservar a incolumidade do patrimônio particular da mulher, extremamente vulnerável à dilapidação por parte do consorte varão²⁶³.

Passadas diversas décadas após a edição do diploma em tela, a situação ora vigorante é outra. Segundo concepção lúcida de Moacyr Amaral Santos, à regra do Estatuto da Mulher Casada se entrelaçam outras oriundas do Código Civil (em especial a disposição do art. 246, parágrafo único, do diploma de 1.916)²⁶⁴, de modo que, de acordo com a mais abalizada doutrina: "...a incomunicabilidade das dívidas assumidas por um só dos cônjuges deixa de ocorrer, entre outros casos, quando as obrigações forem contraídas em benefício da família²⁶⁵."

Aí reside, contudo, a maior dificuldade enfrentada pelos cultores hodiernos do direito, ou seja, estabelecer no que consistem as obrigações contraídas em proveito da sociedade conjugal e, mais que isso, situar a quem compete o ônus da prova do benefício familiar da dívida assinalada por um só dos cônjuges, ou da sua ausência: ao credor ou ao embargante.

José Luiz Gavião de Almeida realça a impossibilidade de presunção do proveito comum, o qual deve ser demonstrado pelo credor que deseja alcançar a meação do cônjuge que não se obrigou pessoalmente²⁶⁶. Proclamam idêntico arremate Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, porque o ônus da prova negativa, de que a dívida contraída pelo consorte não o foi em benefício da família, não pode ser do cônjuge embargante²⁶⁷, afigurando-se incumbência do embargado.

Em linhas conclusivas, Manuel Figueiredo esclarece que a jurisprudência dominante entende que a meação da mulher responde pelas obrigações contraídas isoladamente pelo marido, salvo prova da varoa no sentido de que a dívida não beneficiou o casal. O pensador combate tal posicionamento, ao considerar que se

²⁶³ MARQUES, Luiz Gustavo. *Responsabilidade Civil na Separação de Fato*, p. 6.

²⁶⁴ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3º vol, p. 249.

²⁶⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 195.

²⁶⁶ *Direito Civil – Família*, p. 317.

²⁶⁷ *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.222.

trata de prova negativa indefinida, o que é impossível de ser feito. E, por conseguinte, entende que a meação da mulher, por conta dessa ilação, encontra-se tão desprotegida hoje, quanto antes da edição de Lei nº 4.121 ²⁶⁸.

Semelhantemente, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, com esmero no ensinamento de Clóvis do Couto e Silva, anota que a orientação jurisprudencial, que se consolidou no sentido da presunção *iuris tantum* de que os atos do marido são praticados em benefício da família, não se contém no art. 3º, da Lei nº 4.121/62, nem no parágrafo único do art. 246, do Código Civil de 1.916 ²⁶⁹. O último dos dispositivos, porém, não foi repisado pelo diploma material de 2.002.

Por final, vale destacar que Araken de Assis, após exposição sistemática dos argumentos da orientação que conclama cometer ao credor o ônus da prova de que a obrigação firmada por um só dos consortes beneficiou a família, assim como a existente em sentido contrário, conclui que: “o princípio da não-responsabilidade, consagrado desde o art. 3º da Lei 4.121/1962, demonstra o acerto da primeira corrente jurisprudencial ²⁷⁰.”

A tese de que incumbe ao credor o ônus de demonstrar, nos embargos de terceiro intentados pelo cônjuge para a defesa de sua meação, que o débito firmado por um só dos consortes beneficiou o casal ou a entidade familiar, vem contando com alvissareiros acolhimentos jurisprudenciais. Tome-se como paradigma os arestos que ora seguem:

EMBARGOS DE TERCEIRO – Oferecimento por mulher casada – Execução contra o marido – Defesa da meação – Acolhimento – Inteligência do art. 3º, da Lei 4.121/62. Atribuir à mulher o ônus da prova negativa, quando ela defende sua meação, vale por buscar na Lei 4.121/62 solução contrária a seus interesses ²⁷¹.

Embargos de terceiro. Penhora. Meação. Inexistência de título executivo obrigando cambialmente a mulher casada. Meação que, em regra, não responde pelos títulos de dívida firmados apenas pelo marido. Artigo 3º da Lei nº 4.121, de 27.8.62. Ônus do credor de demonstrar que a dívida veio em benefício da família. Comprovação inexistente. Embargos procedentes. Recurso provido para esse fim ²⁷².

Pondere-se, todavia, a regra da legislação civil pátria, segundo a qual, com a celebração do matrimônio e até a extinção efetiva deste, ostentam os cônjuges

²⁶⁸ *Mulher Casada – Defesa da Meação*, p. 290.

²⁶⁹ *Embargos de Terceiro*, p. 11.

²⁷⁰ Op. cit. p. 1.220.

²⁷¹ 1º TACSP – 6ª C. – AP 284.059 – Rel. Juiz Jorge Almeida – j. 29.09.1981. in. RT 562/119.

²⁷² TJSP – 20ª Câmara de Direito Privado – AP 956.886/7– Rel. Des. Luiz Carlos de Barros – j. 15.03.2005 – m.v.

obrigações das mais variadas espécies um com o outro e perante terceiros. É o que se infere, inicialmente, da disposição contida no art. 1.565, do Código Civil pátrio, com a seguinte redação: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”

A nós interessa, mais detidamente, o comando contido ao final do artigo, a indicar que marido e mulher se tornam reciprocamente responsáveis pelos encargos, obrigações patrimoniais contraídas em proveito da entidade familiar, presumindo-se como tal qualquer débito angariado particularmente por um dos cônjuges, ainda que sem o assentimento do parceiro²⁷³. O consorte que pretender afastar a responsabilidade por dívida adquirida pelo outro, deverá produzir prova inequívoca no sentido de que ela não se reverteu em benefício da sociedade conjugal²⁷⁴. É a tese que vem prevalecendo, contemporaneamente, com maior vigor.

Palmilhando nessa trilha, Theotônio Negrão é categórico ao salientar, a princípio, nos embargos de terceiro opostos pelo cônjuge do devedor para a defesa de sua meação, competir ao embargante o ônus da prova de que a dívida contraída pelo executado não beneficiou a família²⁷⁵. Ainda para ele: “O ônus da prova também é do embargante na hipótese de aval concedido pelo seu cônjuge à sociedade de que fazia parte²⁷⁶.”

Sálvio de Figueiredo Teixeira alude que a mulher embargante somente não responde pelas dívidas contraídas pelo marido, se provar que ela não veio em benefício do casal²⁷⁷. Com similitude, Ernane Fidélis dos Santos verbera que, quando o cônjuge defende sua meação, deverá provar que a dívida não foi instituída em proveito familiar, o que se presume, invertendo o ônus da prova quando se tratar de obrigação gratuita, como o aval²⁷⁸.

Prega, no mesmo sentido, a Desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias: “Em se tratando de dívida de qualquer natureza, cabe ao cônjuge a prova da

²⁷³ “Um cônjuge responde pelas dívidas do outros se elas houverem revertido em proveito do casal, ou da família, seja qual for o regime de bens (...) Há uma presunção relativa de que a dívida contraída por um dos cônjuges beneficia o outro.” (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Processo de Execução e Cautelar*, p. 35).

²⁷⁴ MARQUES, Luiz Gustavo. Op. cit. p. 2.

²⁷⁵ *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 975.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ *Código de Processo Civil Anotado*, p. 668.

²⁷⁸ *Manual de Direito Processual Civil*. Vol 3, p. 121.

ausência de benefício, pois têm os cônjuges responsabilidades pelos encargos da família (CC 1.565) e presume-se que as dívidas são contraídas para tal fim ²⁷⁹.”

De modo geral é a opinião prevalente na doutrina contemporânea. Em sede jurisprudencial, vale citar as seguintes passagens, elucidativas do entendimento acima esposado:

PROCESSO CIVIL E CIVIL – EXECUÇÃO – PENHORA – MEAÇÃO DA MULHER – DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO – BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – INCLUSÃO NA EXECUÇÃO – ÔNUS DA PROVA – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO – I – A meação da mulher casada não responde pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, exceto quando em benefício da família. II – É da mulher o ônus de provar que a dívida contraída pelo marido não veio em benefício do casal, não se tratando, na espécie, de aval ²⁸⁰.

EMBARGOS DE TERCEIRO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PENHORA DE BENS DO CASAL – DEFESA DA MEAÇÃO PELO CÔNJUGE – Ausência de prova capaz de eliminar a presunção de que a dívida foi contraída em benefício da família. Apelo improvido ²⁸¹.

Como na vigência do matrimônio, as dívidas contraídas pelos cônjuges (mesmo sem a participação do parceiro) costumeiramente se destinam ao desenvolvimento da família, nada mais natural em tal circunstância se estabelecer a presunção acima aludida, cabendo ao consorte, que não participou da confecção do instrumento obrigacional, o ônus de provar que o débito não beneficiou o casal, caso pretenda reservar sua meação.

Não se trata, em nossa opinião, de imputar ao cônjuge alheio à execução o ônus de produzir prova negativa. Aliás, de acordo com o alegado prestigiosamente por Arruda Alvim:

Hodiernamente e de forma pacífica, a afirmação de que os fatos negativos não necessitam ser provados, vem perdendo o valor, uma vez que poderão, ou melhor, deverão ser provados, quando uma parte, negando o(s) fato(s) afirmado(s) pela outra, a seu turno, fizer uma afirmação positiva, caso em que o ônus da prova será bilateral. Somente os fatos absolutamente negativos ou as negativas absolutas ou as indefinidas é que são insuscetíveis de prova, por quem as tenha feito ²⁸².

Ora, nos embargos de terceiro opostos por cônjuge vislumbrando a defesa de sua meação, a afirmação de dado negativo, qual seja, a ausência do benefício

²⁷⁹ *Manual de Direito das Famílias*, p. 208.

²⁸⁰ STJ – 4ª T. – REsp 282753 / SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 18.12.2000 – p. 210.

²⁸¹ TJRS – 15ª C.Cív. – APC 70004062022 – Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini – j. 22.05.2002.

²⁸² *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2, p. 244.

familiar da obrigação contraída por um dos esposos, entrelaça-se com a catalogação de fato positivo, que costuma ser o proveito egoístico da dívida firmada pelo consorte, possivelmente alimentada por sua prodigalidade ou, ainda, para aproveitar os exemplos ministrados por Manuel Figueiredo, o intuito de o marido afortunar a amante, ou custear a diversão do amigo ²⁸³. Estes podem ser demonstrados pelos meios ordinários de convicção, além disso, com muito mais facilidade pelo cônjuge embargante do que pelo credor embargado.

De outra banda, nunca é demais lembrar que, por auspício familiar não se entende necessariamente lucro, mas, sim, que o débito se constituiu em prol do casal ou do grupo familiar, ainda que na realidade sensível seja ruinoso: empréstimo para tratamento de saúde; investimento na educação dos filhos; negócios da entidade conjugal, dentre outros ²⁸⁴.

Assentou-se, todavia, que a presunção de que os débitos contraídos por qualquer dos consortes beneficiaram a família, não se aplica aos casos de obrigações oriundas de ato ilícito e aval ²⁸⁵ (exceto o dado em proveito de sociedade empresarial da qual o cônjuge devedor faça parte), quando se inverte o ônus da prova, que passa a ser do credor embargado ²⁸⁶.

Similarmente a isso, em se tratando de embargos de terceiro opostos em execução fiscal movida contra o cônjuge do embargante, na condição de sócio e responsável tributário da empresa executada, com espeque na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, igualmente incumbe à Fazenda Pública o ônus da prova de favorecimento familiar do débito. Citemos as seguintes passagens pretorianas:

Execução Fiscal. Embargos de terceiro. Responsabilidade do sócio-gerente. A meação da mulher só responde pelos atos ilícitos praticados pelo marido, sócio-gerente, quando ficar provado que ela foi beneficiada com o produto da infração, cabendo o ônus da prova ao credor ²⁸⁷.

EMBARGOS DE TERCEIRO – MULHER CASADA – PROCEDÊNCIA – Tratando-se de execução por débito fiscal da empresa, em que o executado é sócio, procedem os embargos interpostos por sua mulher, protegendo a sua meação do imóvel constritado, cabendo, no caso, inclusive, a inversão do ônus da prova, já que não se trata de dívida

²⁸³ Op. cit. p. 289.

²⁸⁴ SANTOS, Ernani Fidélis. Op. cit. p. 121.

²⁸⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 2, p. 112.

²⁸⁶ NEGRÃO, Theotônio. Op. cit. p. 976.

²⁸⁷ STJ – 2ª T. – Resp. 279.576 / PR – Rel. Min. Peçanha Martins – j. 07.11.2002.

particular de seu marido que, diretamente, beneficiaria o casal ou a família²⁸⁸.

Calha, ainda, trazer à colação, nesse sentido, o verbete da Súmula 251, do Superior Tribunal de Justiça: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal²⁸⁹.” Às hipóteses dantes alinhavadas, Maria Berenice Dias ainda acrescenta que em se tratando de fiança, igualmente inverte-se o ônus da prova em desproveito do credor embargado²⁹⁰.

Quando o casal se encontra judicialmente separado ou divorciado, a presunção estabelecida, que deverá ser elidida pelo credor caso pretenda obter improcedência dos embargos de terceiro opostos pelo cônjuge, é de que a dívida não se reverteu em proveito da família. A título de ilustração, cite-se o julgado seguinte:

PENHORA – Automóvel – Exclusão de meação – Cabimento – Bem que pertence, em condomínio, ao casal separado – Registro na repartição de trânsito apenas no nome do executado – Irrelevância – Embargos de terceiro – Procedência – Recurso não provido²⁹¹.

Situação que desperta atenção guarda correspondência com a separação de fato, que é o “estado em que se encontram os cônjuges, por vontade unilateral ou bilateral, sem a intervenção da autoridade judicial, estado esse que resultou da cessação da vida em comum que levavam por força do casamento²⁹².” Embora aos olhos da lei homem e mulher ainda gozem do *status* jurídico de casados, porque somente com o acerto jurisdicional acerca da ruptura é que os consortes se desvincularão das obrigações atinentes ao matrimônio, na maioria dos casos, a realidade por eles vivenciada se aproxima muito mais do estado de solteiros (ou divorciados)²⁹³.

Como homem e mulher separados de fato não mais costumam realizar dívidas um em proveito do outro, presume-se, relativamente, que o título de obrigação autografado exclusivamente por um dos esposos não beneficiou o outro,

²⁸⁸ TJMG – AC 000.219.285-4/00 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Campos Oliveira – j. 11.10.2001.

²⁸⁹ O entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos era assim sumulado, sob nº 112: “Em execução Fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente da sociedade por cotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.”

²⁹⁰ Op. cit. p. 209.

²⁹¹ TJSP – AC 114.989-4 – Presidente Prudente – 7ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Soares Lima – J. 22.09.1999 – v.u.

²⁹² LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato entre Cônjuges – Efeitos Pessoais*. p. 09.

²⁹³ MARQUES, Luiz Gustavo. Op. cit. p. 12.

nem tampouco a entidade familiar, cabendo ao credor realizar prova em sentido contrário, caso deseje excutir bens de ambos os cônjuges ²⁹⁴. A roborar o entendimento acima, vale a mencionar o que segue:

EMBARGOS DE TERCEIRO – MEAÇÃO DA MULHER – PENHORA – DÍVIDA FIRMADA TÃO-SOMENTE PELO VARÃO – Prova indubitosa de que, embora não houvesse separação judicial, o casal já se encontrava separado de fato, entretanto, coabitando o mesmo teto. Presunção de que o produto do mútuo não tenha beneficiado a família. Provimento do recurso ²⁹⁵.

A orientação, todavia, não é pacífica, remanescendo decisões em sentido contrário ²⁹⁶.

Convém deixar consignado ainda que não basta ao cônjuge, que não participou do instrumento de obrigação firmado pelo outro, alegar genericamente a situação fática de separação, para reverter ao credor embargado todo o ônus da prova nos autos dos embargos de terceiro. Continua sendo do esposo alheio ao negócio o encargo de demonstrar a ruptura fatídica do vínculo conjugal, transmitindo assim ao embargado, unicamente o encargo de provar a reversão do débito em proveito da família, o que deixa de ser presumido ²⁹⁷.

Em qualquer das hipóteses, o alcançamento dos bens do consorte, que não contraiu a dívida, fica condicionado à inexistência ou insuficiência do patrimônio do cônjuge obrigado ²⁹⁸. A nosso ver, pode o embargante afetado em sua meação ou em coisas particulares indicar na petição inicial bens outros de propriedade incontroversa do cônjuge vinculado ao título executivo.

3.1.3.4 – EFEITO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO CÔNJUGE.

Recaindo o ato de apreensão judicial sobre o patrimônio particular do cônjuge alheio ao processo, ou sobre coisa divisível integrante da meação, fácil concluir que o recebimento dos embargos de terceiro possui o condão de sobrestar

²⁹⁴ Ibidem. p. 13.

²⁹⁵ TJRJ – AC 22/12/2000 – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Renato Simoni – j. 25.09.2001.

²⁹⁶ “PENHORA DE BENS ADQUIRIDOS PELA MULHER DO SÓCIO DA EXECUTADA APÓS SEPARAÇÃO DE FATO – Respondem pelas dívidas da executada os bens adquiridos pela mulher de seu sócio após a data em que se deu a separação de fato, vez que a sociedade conjugal não estava desfeita, devendo ser compreendido, para todos os efeitos, que os lucros da executada reverteram inclusive para a aquisição desses bens que, em última análise, pertencem ao casal.” (TRT 2ª R. – AP 20010273535 – (20010508850) – 6ª T. – Relª Juíza Sônia Aparecida Gindro – DOESP 14.09.2001).

²⁹⁷ MARQUES, Luiz Gustavo. Op. cit. p. 13.

²⁹⁸ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 33.

o andamento da ação principal, quanto aos bens discutidos naqueles (art. 1.052, do Código de Processo Civil). E, uma vez julgados procedentes os embargos, libera-se ao consorte, *in natura*, a porção da *res* que lhe cabe.

Nevrágico, contudo, o tema relativo aos efeitos do recebimento e da ulterior decisão de acolhimento dos embargos de terceiro opostos pelo cônjuge na defesa de sua meação, incidindo a constrição judicial sobre bens indivisíveis que compõem o acervo. Preconiza Pontes de Miranda que: “se o terceiro possui, ou é senhor da coisa comum, *pro indiviso*, com o executado, fazem-se a penhora e a execução na porção desse²⁹⁹. “

Com arrimo na doutrina do mestre, recaindo a constrição em patrimônio comum não suscetível de cômoda divisão, a solução estaria em realizar a penhora na porção cabível ao executado, ou seja, em sua fração ideal sobre a coisa. Posteriormente, realizados os atos expropriatórios, o arrematante, ou mesmo o próprio credor adjudicante, passaria a ser quinhoeiro do bem levado à praça, exercendo condomínio com o terceiro não devedor.

Estaria assim o novo co-proprietário da coisa jungido a postular em juízo a extinção do condomínio, caso não haja concordância, e certamente não haverá, entre ele e o terceiro não afetado pela constrição judicial, com relação ao exercício simultâneo dos direitos concernentes ao uso, gozo e disposição da coisa comum. Para conjurar problemas como esse é que parte da doutrina e jurisprudência preconizou, recaindo a penhora sobre parte ideal do patrimônio comum dos cônjuges, por conta de débito contraído por um só deles, deveria o bem ser levado por inteiro à hasta pública, resguardando-se, posteriormente, no produto da arrematação, a meação do outro consorte, que não firmou o título da obrigação, caso oponha e saia vitorioso nos embargos de terceiro.

Criticando veementemente o mecanismo de transformação do direito à meação no resultado econômico da hasta pública, Edson Ribas Malachini pondera que

A tese da alienabilidade do bem comum, com a sub-rogação forçada, não prevista em lei, do direito de propriedade do meeiro no produto da alienação, além de infringir os referidos arts. 629 e 632 do CC, infringe, também, claramente a nosso ver, normas de direito processual³⁰⁰.

²⁹⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 77.

³⁰⁰ *Impenhorabilidade da Meação do Cônjuge não Devedor*, p. 29. O texto se refere a dispositivos do Código Civil de 1.916, que correspondem, respectivamente, aos arts. 1.320 e 1.322, do diploma de 2.002.

Ao que parece, Edson Prata abarca orientação parecida, porquanto exemplifica que, arrematada a meação do marido sobre o único bem do casal, desaparece por completo a comunhão, não mais se submetendo a parte ideal da mulher relativa **ao mesmo bem** a sucessivas alienações ³⁰¹. Assentou-se, igualmente, em sede de jurisprudência, o seguinte:

Embargos de terceiro. Mulher casada. Meação. Suspensão do feito principal. Os embargos de terceiro, versando sobre alguns dos bens objetos do processo principal, acarretam a suspensão deste em relação aos bens que foram embargados (art. 1.052 do CPC). Inadmissível a alienação judicial do bem por inteiro, ainda que seja indivisível, reservando-se à mulher a metade do preço alcançado. O direito do meeiro sobre os bens não pode ser substituído pelo depósito da metade dos valores obtidos com a hasta pública³⁰².

Contrapôs-se à orientação arcaica os brados da utilidade e efetividade do processo. Humberto Theodoro Júnior informa ser evidente a falta de liquidez da cota ideal da coisa comum, que não desperta interesse aos possíveis licitantes em hasta pública; quando muito, o lançador aparece para ofertar preço vil, bem inferior ao apurado caso o bem fosse levado integralmente à alienação judicial ³⁰³. Além disso, a penhora e *a fortiori* a arrematação da meação, em tais circunstâncias, conduz a uma situação perplexa, qual seja, a de tornar condômino de um dos cônjuges o arrematante estranho ³⁰⁴.

Repugna essa solução Ernani Fidélis dos Santos, argüindo que o recebimento dos embargos de terceiro do consorte não possui o condão de suspender a execução antes da expropriação, porque meação é parte ideal de patrimônio, somente apurável após reversão dos bens penhorados em dinheiro, quando então se verificará se a parcela cabente ao cônjuge está sendo atingida ou não ³⁰⁵. O sobrestamento do feito principal somente ocorreria após a arrecadação do numerário ³⁰⁶.

Preconiza por sua vez Sálvio de Figueiredo Teixeira que o direito à meação da mulher deve ser considerado em cada bem do casal e não na totalidade do

³⁰¹ *Embargos de Terceiro*. Revista de Processo n° 24, p. 219.

³⁰² STJ – 4ª T. – Resp 89.167 / PR – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 23.09.1996 – DJU 11.11.1996, p. 43718.

³⁰³ *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, p. 81.

³⁰⁴ FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*, p. 271.

³⁰⁵ *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 121 e *Procedimentos Especiais*, p. 262.

³⁰⁶ Nesse sentido: TJSP - 10ª Câmara de Direito Privado - Agravo de instrumento n° 75.129-4/7-São Paulo, J. 03.03.1998, vu, Rel. Des. Quaglia Barbosa.

patrimônio, de modo que, recaindo a penhora em coisa indivisível, há de ser levada inteira à hasta pública, cabendo à meeira a metade do preço alcançado³⁰⁷.

Assentou-se, ainda, em sede de jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

I – Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado. II – Tem-se entendido na Corte que a exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio³⁰⁸.

Por outro lado, entendendo que a coisa há de ser levada por inteiro à hasta pública e não somente a fração ideal do devedor, mas aduzindo que a meação do cônjuge deve incidir sobre a **metade do valor de mercado do bem**, para se evitar prejuízo àquele que não contraiu a obrigação, decidiu-se o seguinte:

EMBARGOS DE TERCEIRO – Penhora. Mulher separada. Pretensão de livrar da constrição sua meação. Admissibilidade. Falta de demonstração de que a dívida reverteu em benefício da família. Reserva da meação que deve respeitar o preço de mercado do bem e não o que for alcançado em hasta pública. Recurso do embargado improvido, provido parcialmente o adesivo da embargante para alterar o percentual da verba honorária fixada³⁰⁹.

Depois de tanta polêmica não solvida, foi necessária a intervenção do legislador ordinário para obviar a controvérsia e, com a superveniência da Lei nº 11.382/06, que reestruturou o processo de execução, inseriu-se ao Código de Processo Civil o art. 655-B, com a seguinte redação: “Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.”

Ao que parece, a lei optou pela corrente doutrinária que preconizava a penhora sobre a totalidade do bem comum, devendo a exclusão da meação se dar sobre o produto apurado na expropriação executiva³¹⁰. Os bens preservados pelo cônjuge, *in casu*, mediante recolhimento de juízo de procedência em embargos de terceiro, transformar-se-ão em dinheiro, relativo à metade do valor alcançado em hasta pública, de modo que a oposição dos embargos terá o condão de suspender o

³⁰⁷ Código de Processo Civil Anotado, p. 668; no mesmo sentido: GONZAGA, Vair. *Embargos de Terceiro*, p. 313.

³⁰⁸ STJ – 4ª T. – Resp 200251 / SP – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 06.08.2001, DJU 29.04.2002.

³⁰⁹ 1º TACSP – 9ª C. – AP 0884727-2 – (39171) – Dracena – Rel. Juiz José Luiz Gavião de Almeida – j. 08.05.2001.

³¹⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 81.

feito principal apenas no que tange ao patrimônio em discussão (parte final do art. 1.052, parte final, do CPC), que não mais será a fração ideal, mas sim o numerário advindo da venda judicial.

O ajuizamento de embargos de terceiro pelo cônjuge, assim, se versarem a reserva da meação sobre bens indivisíveis, não impedirão a levada dos bens contritos à hasta pública, somente suspendendo-se a liberação da metade do valor alcançado, a ser destinado ao cônjuge no caso de procedência dos embargos e ao credor no caso de improcedência (se o montante da meação não ultrapassar a dívida, caso contrário, o que a sobejar será destinado ao embargante). Reconhecemos, todavia, que a posição preconizada não é pacífica, apesar de parecer orientação adotada pela lei.

3.1.4 – EMBARGOS DO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR.

Como já analisado no momento oportuno, a tradição de nosso ordenamento jurídico é no sentido de se admitir, por intermédio dos embargos de terceiro, tanto a defesa do domínio, quanto da posse pura e simples, contra apreensões judiciais indevidas, podendo o remédio em voga se fundamentar em direito real ou pessoal, indistintamente.

Não obstante, quando da competência do Supremo Tribunal Federal para orientar e uniformizar a interpretação da lei ordinária, assentou-se que o promissário comprador, assumindo a posse do imóvel prometido mediante instrumento contratual não levado a registro no álbum imobiliário, não podia se valer do remédio dos embargos de terceiro para defender os bens apreendidos em ação movida contra o promitente vendedor. Em referido sentir:

Promessa de compra e venda de imóvel sem a formalidade essencial da inscrição no Registro Público não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*. Válida é a penhora do bem prometido, por dívida do promitente vendedor, quando não registrada preexistente promessa de venda por ele pactuada. Descabimento de embargos de terceiro por parte do comprador, ainda que imitado na posse do imóvel prometido, para o efeito de anular a penhora. Recurso Extraordinário conhecido e provido³¹¹.

É a orientação que se consolidou definitivamente, à época, com a edição da Súmula 621, da Suprema Corte: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a

³¹¹ STF – 2ª T. – RE 93.742-1 / RS – Rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 03.04.1981 – v.u.

promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis.” Seguindo a mesma linha de raciocínio, narra Humberto Theodoro Júnior, o STF também considerava ser inviável o uso de embargos de terceiro pelo comprador que, posto contasse com escritura pública anterior à penhora, não tivesse providenciado a transcrição no ofício de imóveis ³¹².

Defendendo a orientação circunscrita, Othelo Dilon Castilhos escreveu que a posse do compromissário comprador, cujo instrumento não se vira inscrito no caderno imobiliário, não passa de posse precária, não apta a ser defendida por meio dos embargos de terceiro ³¹³. Culmina por salientar que: “Não há embargos de terceiro que possam favorecer o compromissário comprador, via desconstituição da penhora/arresto, quando o mesmo não se haja acautelado pelo registro competente de seu título ³¹⁴.”

No interregno de vigência do enunciado indicado, porém, vários intérpretes proclamaram a flexibilização de seu rigor, sendo um deles o então Desembargador do TJSP, José Osório de Azevedo Júnior, ao comentar, em artigo doutrinário, que a súmula 621, do Supremo Tribunal Federal, não se aplicava aos casos de imóveis submetidos ao regime de loteamento (mesmo porque comumente em tais casos não se faz o registro concomitantemente à aquisição do bem), não abrangendo, igualmente, as hipóteses onde o embargante é possuidor por outros motivos além da promessa de compra e venda não inscrita ³¹⁵.

Aos poucos, a doutrina foi limando a bússola arcaica. Clóvis do Couto e Silva já assentava, brilhantemente, que:

Sustentar a posição de competirem os embargos somente se o contrato preliminar de venda estiver registrado, é proteger situação jurídica assemelhada a direito real. É tutelar direito de crédito ‘dominificado’ e não a posse, através de remédio processual destinado à defesa da posse em face da lesão iminente por ato judicial ³¹⁶.

Alteando a orientação emanada da corrente à época minoritária, Ruy Rosado de Aguiar Júnior assegurava, mesmo estando em vigor a Súmula 621 do STF, a extensão ao compromissário comprador do direito de defesa da posse, por

³¹² *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 313. Em parecer elaborado no ano de 1985, Arruda Alvim pugnou pela inocuidade da promessa de doação não transcrita como título hábil a embasar os embargos de terceiro. (*Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 115).

³¹³ *Embargos de Terceiro – Penhora – Compromisso de compra e venda não inscrito no competente Registro Público – Inadmissibilidade do remédio, ainda que fundamentado na posse do bem*, p. 267.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 271.

³¹⁵ *A Súmula 621 do STF e o Imóvel Loteado*, p. 276.

³¹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XI. Tomo II, p. 475.

interposição de embargos de terceiro, mesmo não tendo registrado o contrato, apenas escudado na qualidade de possuidor em nome próprio³¹⁷.

Entretanto, a exegese pretoriana sofreu radical mudança de rumo com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, alterada a competência constitucional para ditar a última palavra acerca da aplicação da norma federal, por força da Magna Carta de 1.988. Inúmeros foram os decisórios tomados em sentido oposto à antiga orientação, tanto que o novel sodalício se viu na contingência de editar a Súmula 84, com a seguinte redação: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.”

Desde então, pacificou-se o entendimento da irrelevância da inscrição do compromisso para fins de defesa da posse via embargos de terceiro. Mais que isso, com a nova linha de argumentação, o Superior Tribunal de Justiça alicerçou orientação de que o comprador teria embargos de terceiro para defender a posse sobre imóvel adquirido, ainda que a escritura pública de compra e venda não tivesse sido levada ao registro competente³¹⁸. De igual modo, passou-se a admitir a mesma exegese ao donatário, ao cônjuge separado judicialmente, ao herdeiro, ao ocupante de imóvel penhorado em execução por quotas condominiais devidas pelo antigo quinhoeiro, tudo independentemente da efetiva transcrição da nova situação jurídica nos cadastros oficiais³¹⁹.

Irrefutável o posicionamento adotado pelo STJ, parecendo ser a orientação mais consenstânea com o postulado do amplo e efetivo acesso às vias jurisdicionais, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta. Ora, os embargos de terceiro, como visto, destinam-se a tutelar a só posse (CPC, art. 1.050, § 1º, *in fine*), não sendo sequer exigida a existência de título hábil a alicerçar, bastando seu exercício fático. No caso do compromisso de compra e venda, a posse é ainda mais robusta, pois vem acrescida de um *plus*, que é a expectativa de domínio do compromissário, a se consolidar mediante o pagamento integral do preço contratado, de modo que a situação do último merece tutela jurídica ainda mais premente, inexistindo argumento lógico a lhe cerrar o remédio dos embargos de terceiro.

³¹⁷ *Embargos de Terceiro*, p. 14.

³¹⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 314.

³¹⁹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, p. 260-261.

Mesmo que se considere precária a posse do terceiro compromissário, hipótese de cujo conteúdo discordamos, vale lembrar que os vícios da posse são relativos, não podendo ser opostos ao possuidor senão por aquele que teria sofrido em tese o esbulho ou turbação, no caso, apenas o promitente vendedor (executado), nunca o embargado (exeqüente)³²⁰, que jamais exerceu qualquer espécie de detenção corpórea sobre o bem apreendido.

Vale ressaltar, alfim, que o fato de existir compromisso de compra e venda não inscrito no cartório imobiliário garante ao terceiro acesso aos embargos ora tratados, de acordo com o entendimento sumular, mas não conduz automaticamente ao juízo de procedência deles, resguardando-se ao embargado o direito de insistir na manutenção da apreensão judicial, com êxito, caso comprove, por exemplo, no bojo da demanda, a existência de colusão entre embargante e executado, ou mesmo fraude à execução. Mas esse é um objeto de juízo *a posteriori*, relativo ao mérito da causa, que não pré-exclui a legitimidade ativa do compromissário³²¹.

3.1.5 – INTERVENINENTE E ADQUIRENTE DE COISA LITIGIOSA.

Especial atenção merece a posição jurídica do interveniente e do adquirente de coisa ou direito litigioso, devido à divergência quanto à qualificação deles como partes, portanto desprovidos de legitimidade para embargar, ou terceiros, com pertinência para usar o remédio em questão.

Com relação aos intervenientes, Moacyr Amaral Santos remonta que “não são essas terceiras pessoas *partes* na relação processual originária, na qual intervêm por *provocação* de uma delas, em certos casos, e, noutros, voluntariamente³²².” Mas, segundo a lição de Liebman, a intervenção faz com que o terceiro adquira a *qualidade de parte*, com todas as conseqüências dela advindas³²³, entre as quais poderia se situar a falência do acesso aos embargos de terceiro.

Arrimado nessa linha argumentativa, Rogério Marrone de Castro Sampaio destaca que o terceiro que passa a intervir na relação processual acaba assumindo

³²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit. p. 3-4.

³²¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.201.

³²² *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º vol, p. 18.

³²³ *Manual de Direito Processual Civil*, p. 149

a qualidade de parte, sendo titular de ônus, poderes e deveres inerentes aos sujeitos parciais³²⁴. Alude ainda o seguinte:

Aqueles que vierem a intervir no processo, diante da presença de uma das modalidades de intervenção de terceiros, por assumirem a condição de parte e se sujeitarem aos efeitos do provimento jurisdicional, perdem, em princípio, legitimidade para embargar de terceiro³²⁵.

A restrição ainda é feita por Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, a quem o qualificativo de terceiro há de ser extraído exclusivamente com espedeque em critério processual, de modo a considerar que até mesmo o assistente simples, cujos poderes na demanda são bastante acanhados (não lhe sendo admissível sequer obstar o reconhecimento jurídico do pedido, a desistência da ação, ou a transação – art. 53 do CPC), é parte, não podendo se utilizar, nessa contingência, do remédio dos embargos de terceiro³²⁶.

Rebatem a concepção acima os juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao narrarem que as partes envolvidas nas ações secundárias decorrentes da intervenção de terceiros (o litisdenunciado, o chamado ao processo, o oponente) não são partes no processo principal, podendo opor embargos de terceiro quanto aos atos de apreensão judicial ocorridos no último³²⁷. Também não é parte o assistente simples, mas é o assistente litisconsorcial, de modo que este não pode se valer dos embargos de terceiro³²⁸.

Entendemos, sem embargos dos notáveis escólios estampados em sentido contrário, que o interveniente poderá utilizar o remédio dos embargos de terceiro, desde que os efeitos da decisão emanada na causa principal não sejam aptos a justificar o ato de apreensão judicial em seu patrimônio (impugnados via embargos de terceiro), ou, ainda, quando os títulos jurídicos apresentados aqui e acolá forem distintos (art. 1.046, § 2º, do CPC).

Exemplificando, diz o art. 55, do Código de Processo Civil que o assistente não poderá, com o trânsito em julgado, questionar em processo posterior a justiça da decisão proferida na causa em que interveio nessa qualidade, salvo se alegar e provar que: “I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na

³²⁴ *Embargos de Terceiro*, p. 55.

³²⁵ *Ibidem*, p. 56.

³²⁶ *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*, p. 70.

³²⁷ *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.219.

³²⁸ *Idem*.

sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.”

Assim, o herdeiro do pretense devedor, caso ingresse serodidamente como assistente litisconsorcial na ação de cobrança movida contra o espólio ³²⁹, poderá posteriormente utilizar embargos de terceiro para defender o quinhão a si atribuído na partilha, contra eventual penhora promovida pelo credor na fase executiva da ação, demonstrando a falta de oportunidade de influir eficazmente na sentença de mérito da causa principal, por exemplo, devido ao fato de ter assumido o processo quando já contava com revelia decretada do administrador provisório dos bens (que estaria agindo em colusão com o credor).

Do mesmo modo, o nomeado à autoria que aceita a incumbência (CPC, art. 66), após sofrer cominação definitiva de entrega de coisa certa, vendo o mandado de busca e apreensão afetar bem diverso do constante da sentença, ainda que seja igualmente de sua propriedade, poderá defender a coisa constrita por meio de embargos de terceiro.

E também, se o evictor denunciado à lide, na fase de cumprimento da sentença de procedência (tanto do pedido principal como da via regressiva), sofrer penhora em seus bens, não no regresso, mas por requerimento direto do autor, que postula a conversão da obrigação da entrega de coisa em perdas e danos (CPC, art. 461-A, 3º, combinado com o art. 461, § 1º), facultada estará a tutela da posse ou propriedade através do remédio dos embargos de terceiro.

Adversamente, estando o terceiro interveniente juridicamente vinculado aos efeitos do ato de apreensão judicial, não poderá realizar a tutela de seus bens por intermédio de embargos de terceiro, ainda que lhe compita alegar outras matérias hábeis em sua defesa. Por exemplo, o nomeado à autoria condenado à indenização por perdas e danos, que sofre arresto em bem incontestavelmente de sua propriedade, mas impenhorável, v.g. anel nupcial, somente poderá alegar tal

³²⁹ Admitindo a intervenção do herdeiro como assistente litisconsorcial: “ASSISTÊNCIA – Ação em que figura espólio como parte – Intervenção de herdeiro – Admissibilidade – Na ação em que o espólio, representado pelo inventariante, é parte, tem o herdeiro legitimidade para intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial.” (1º TACSP – 5º C. – AP 332.764 – rel. Juiz Antônio Scarance Fernandes – j. 28.11.1984).

circunstância, de modo a desafetar a coisa, mediante impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade ³³⁰.

No tocante ao adquirente de coisa litigiosa, ou seja, o que a recebe por ato *inter vivos* após a citação válida ³³¹, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo repele, a princípio, sua legitimidade para embargar de terceiro, alegando em tom claro que, por força do disposto no art. 42, *caput*, do Código de Processo Civil, ele se equipara à parte para fins de submissão aos efeitos da sentença que verse sobre a coisa ou o direito litigioso ³³².

Já na concepção de José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, o adquirente de coisa litigiosa, embora não seja parte no processo, não possui qualidade de terceiro, não detendo legitimidade para ajuizar ação de embargos de terceiro, conforme o disposto no art. 42, § 3º, do CPC ³³³. Em tom semelhante, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram que o adquirente de coisa litigiosa é parte, não podendo opor embargos de terceiro, exceto quando não seja admitido no processo ou nele não ingresse ³³⁴.

No entendimento da inadmissibilidade do adquirente embargar de terceiro, ainda que não haja registro do litígio no caderno imobiliário, decidiu a corte infraconstitucional:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - COISA LITIGIOSA. I- QUEM ADQUIRE COISA LITIGIOSA NÃO É TERCEIRO LEGITIMADO A OPOR EMBARGOS E AINDA QUE NÃO HAJA SIDO REGISTRADA A AÇÃO, NO REGISTRO IMOBILIÁRIO, NÃO É TERCEIRO QUEM SUCEDER NA POSSE APÓS A CITAÇÃO A RESPEITO DA COISA SUB JUDICE. II- INVIÁVEL REAPRECIAR MATÉRIA DE PROVA EM SEDE DE ESPECIAL. III- RECURSO NÃO CONHECIDO ³³⁵.

Pondere-se, contudo, que a inserção do adquirente de coisa litigiosa na qualidade de parte, assim vinculado aos efeitos do julgado proferido contra o alienante, apesar de fluir da regra do diploma instrumental pátrio, não pode ser acatada sem maiores perquirições acerca da boa ou má-fé do primeiro. Fredie Didier Júnior reponta que a boa-fé do terceiro adquirente deve ser protegida,

³³⁰ No sentido da possibilidade de avocação da impenhorabilidade absoluta ou relativa em exceção de pré-executividade, dê-se que a matéria ventilada não demanda a produção de provas outras, além da documental pré-constituída: MARQUES, Luiz. *A Exceção de Pré-Executividade*, p. 146.

³³¹ PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 1, p. 547.

³³² Op. cit. p. 71.

³³³ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 29.

³³⁴ Op. cit. p. 1.220.

³³⁵ STJ – 3ª T. – REsp 9365 /SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 04.06.1991 – DJU 01.07.1991, p. 9193.

principalmente se a pendência da ação real imobiliária não constar da matrícula do bem, como determina o art. 167, inciso I, n. 21, da Lei nº 6.015/73³³⁶.

Javert Prado Martins Filho adota orientação no sentido de poder o terceiro que recebeu a coisa litigiosa opor os embargos, desde que tenha abiscoitado o bem de quem não era parte no processo principal, pois, no caso, teria percebido o direito pré-existente do anterior possuidor³³⁷.

A seu turno, Ruy Rosado de Aguiar Júnior estampa posicionamento que parece correto, no sentido de que tem embargos de terceiro o adquirente de coisa litigiosa, ainda que pendente a ação quando da transmissão *inter vivos*, desde que aja impellido de boa-fé³³⁸. O Superior Tribunal de Justiça, alteando raciocínio parecido, chegou a reconhecer a legitimidade do adquirente sucessivo da coisa litigiosa em lançar mão dos embargos de terceiro, quando não revelada a litigiosidade do bem constricto, via inscrição em Cartório de Registro de Imóveis³³⁹.

A extração do conceito de parte, para fins de excluir a legitimidade ativa dos embargos de terceiro, deve ser pesquisada na planície adjetiva, como já ressaltado alhures. Por seu turno, na figura da alienação de coisa litigiosa, a transferência da titularidade ao adquirente ocorre somente no plano material³⁴⁰. Processualmente, as partes da ação originária continuam sendo as mesmas (art. 42, *caput*, do CPC)³⁴¹, de modo a não excluir o qualificativo de terceiro do adquirente do bem ou direito litigioso, para fins de admitir a embargabilidade.

Entendemos, assim, que o adquirente do bem ou direito litigioso pode utilizar a ação de embargos de terceiro para defender a posse ou propriedade da coisa a si transmitida, ainda que o negócio jurídico seja realizado após a citação válida, desde que alegue na inicial ter agido de boa-fé, que é presumida, devendo ser elidida pelo embargado, caso pretenda estender ao embargante os efeitos da sentença mérito recolhida pelo alienante.

O ônus da prova tocará ao embargado. Não se nega a incidência, aqui, do princípio geral do direito, segundo o qual “a boa-fé se presume, enquanto a má-fé

³³⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 392.

³³⁷ *Embargos de Terceiro*, p. 37.

³³⁸ *Embargos de Terceiro*, p. 9.

³³⁹ 3ª T. – Resp 68.212-6 / SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 13.02.1996 – DJU 15.04.1996, p. 11.525.

³⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 112. Coordenador Antônio Carlos Marcato.

³⁴¹ Isso porque, sem expresso consentimento da parte contrária, não poderá o adquirente ingressar nos autos em substituição ao alienante (PAULA, Alexandre de. Op. cit. p. 547).

deve ser comprovada ³⁴².” A inscrição do litígio no álbum imobiliário ou em repartições públicas competentes (como o Detran), todavia, vale como prova robusta e irrefutável da má-fé do adquirente, dada a eficácia *erga omnes* de que se reveste.

Ainda que o adquirente tenha ingressado na demanda como assistente litisconsorcial do alienante pode, em momento posterior, embargar de terceiro para discutir a justiça da apreensão judicial incidente sobre a coisa litigiosa, demonstrando e provando quaisquer das hipóteses estatuídas nos incisos I e II, do art. 55, do CPC. Tudo isso, é claro, condicionado à boa-fé da aquisição, resumida na falta de ciência sobre o litígio que envolvia o bem.

3.2 – LEGITIMIDADE PASSIVA.

O legislador ordinário cuidou de forma exaustiva da legitimidade ativa dos embargos de terceiro, erigindo diversas normas explicativas do conteúdo de terceiro e de parte a ele equiparada, para tornar o instituto o mais abrangente possível, evitando assim a perpetuação de correntes restritivas que vigoravam na época do diploma processual de 1.939.

Não adotou, porém, a mesma cautela, no que diz respeito à legitimidade passiva, desmerecedora de um único dispositivo sequer no Código de Processo Civil em vigor. Deixou a incumbência de desvendá-la, nessa banda, ao alvedrio da doutrina e da jurisprudência.

O critério utilizado com predileção para descortinar a legitimidade passiva dos embargos de terceiro, ou seja, para identificar a figura do embargado, encontra respiradouro no interesse jurídico da parte da ação principal (autor ou réu) frente à medida judicial impugnada. Todos aqueles que deram causa ao ato de constrição, ou tenham serventia em sua manutenção, em tese detêm aptidão para figurar no pólo passivo dos embargos.

Edson Prata alude que o exeqüente é o sujeito passivo dos embargos de terceiro, embora o ataque do embargante se dirija contra ato de apreensão ordenado por autoridade judicial. Somente aparecerá o executado como legitimado passivo, diz o autor, quando oferecer bens à penhora, integrando assim a lide como

³⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil – Parte Geral*, p. 23.

litisconsorte necessário do exeqüente ³⁴³. Segue a mesma linha de raciocínio Hamilton de Moraes e Barros ³⁴⁴.

A análise da pertinência subjetiva, contudo, não deve ficar restrita aos casos de embargos de terceiro voltados contra constrições oriundas de processo de execução. Sem distinção quanto ao tipo de ação de onde provém o ato impugnado, José Antônio Além marca que o legitimado passivo na ação de embargos de terceiro é aquele que requereu a apreensão judicial, existindo a possibilidade de o embargado ser o réu do processo principal, caso a nomeação for levada a termo por ele ³⁴⁵.

Em sua explanação, Vicente Greco Filho dá maior relevância à correta identificação da parte que deu causa à constrição, para aferir a legitimidade passiva, porquanto: “no pólo passivo da ação de embargos de terceiro figura como réu aquele que deu causa à apreensão judicial, mediante pedido ao Poder Judiciário, ainda que não haja, de sua parte, indicação direta e precisa do bem a ser apreendido ³⁴⁶.”

Enquanto isso, Luiz Felipe Silveira Difini acoberta o aspecto do interesse em conservar a apreensão, ao verbalizar que a constrição impugnada pela ação de embargos de terceiro é ato do juiz, mas o legitimado passivo não é o Estado e, sim, o beneficiado com a apreensão judicial, ou seja, quem tem interesse na sua manutenção ³⁴⁷. Analogamente, Ernani Fidélis dos Santos destaca que o sujeito passivo dos embargos será sempre a parte a favor de quem a ordem de apreensão judicial foi emitida no processo principal ³⁴⁸.

A conjugação dos critérios estampados nos dois parágrafos anteriores, para fins de aferição da legitimidade passiva, parece ser mais correta, tendo em vista que nem sempre aquele que deu causa à constrição tem interesse em sua manutenção, ou vice-versa. Como regra, não existe o litisconsórcio passivo necessário entre as partes da causa originária, conforme salienta Pontes de Miranda, para quem o réu

³⁴³ *Embargos de Terceiro*, p. 27.

³⁴⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 311. No estatuto processual português havia regra expressa nesse sentido, consoante dispunha o art. 1.042-b do diploma alienígena (FREITAS, José Lebre de. *A Ação Executiva*, p. 236). Tal dispositivo, hoje, encontra-se revogado, de modo que todas as partes do processo original deverão ser notificadas acerca dos embargos de terceiro (art. 351º, 1, do CPC português em vigor).

³⁴⁵ *Embargos de Terceiro*, p. 17.

³⁴⁶ *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol, p. 253.

³⁴⁷ *Embargos de Terceiro*, p. 92.

³⁴⁸ *Procedimentos Especiais*, p. 274. No mesmo sentido: JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 314.

da ação principal pode intervir nos embargos de terceiro, mas nem sempre com a correspondente formação de litisconsórcio necessário passivo com o autor do mesmo processo ³⁴⁹.

De qualquer sorte, o requerente ³⁵⁰ do processo principal impreterivelmente deverá figurar como embargado (legitimado passivo dos embargos de terceiro), uma vez que o ato de apreensão certamente se compreenderá dentre os pedidos formulados na inicial daquele, sejam diretos ou indiretos.

Ainda que o exeqüente, por exemplo, ao intentar a execução, não faça requerimento expresso de penhora de conta-conjunta do obrigado com seu cônjuge, um de seus almejos certamente é a realização de atos coativos incidentes sobre o patrimônio do réu, caso este recalcitre em não pagar a dívida no prazo de três dias estatuído pelo art. 652, *caput*, do Código de Processo Civil. Atingida a meação do consorte não devedor, pela penhora on-line, sem intenção expressa do credor, posto que este nutra em seu íntimo o intento de não afetar bens pertencentes ao esposo do executado, deverá ser chamado a integrar o pólo passivo dos embargos de terceiro, devido ao pretense interesse de que dispõe na persistência da constrição.

Do mesmo modo, numa possessória cujo mandado liminar seja cumprido em terreno limítrofe ao postulado pelo autor, mesmo não compreendido em seu pedido a afetação do bem diverso, a utilidade do provimento jurisdicional a ele pertence, de modo que deverá compor a lide dos embargos de terceiro, no pólo passivo, ao menos para ser ouvido acerca do mérito do ato de apreensão de seu interesse. Se irá sofrer os efeitos da sucumbência, por conta do equívoco cometido, isso será matéria a ser debelada posteriormente.

Doutro turno, para aquilatar a legitimidade passiva do réu (requerido), necessário verificar se deu causa ao ato de apreensão, ou se possui algum interesse em sua manutenção, aí sim se destacando a importância de se conjugar os dois critérios vistos acima, o que deverá ser feito caso a caso.

No exemplo clássico da execução, o executado deverá compor a lide dos embargos de terceiro, no pólo passivo, se colaborou com a apreensão judicial, *v.g.*

³⁴⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 111.

³⁵⁰ A expressão requerente, aqui, é tomada em sentido amplíssimo (aquele que requer um bem da vida no processo), abrangendo o autor; o exeqüente; o oponente; o terceiro interveniente em geral; o reconvincente, se a apreensão judicial for decorrente de pleito formulado em sede de reconvenção; o réu, se nas demandas de caráter dúplice, ou nas ações de rito sumário ou sumaríssimo, fizer pedido contraposto que ocasione a constrição; dentre outros. Optamos por utilizar simplesmente a expressão requerente para não sermos demasiadamente prolixos na exposição.

indicando bens à penhora³⁵¹, ou se demonstrou aquiescência expressa ou tácita com a constrição, por exemplo, impugnando o valor da avaliação, pedindo desmembramento do imóvel constricto por ser de montante muito superior à dívida, embargando a execução para reter benfeitorias (nos termos do art. 745, inciso IV, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.832/06), dentre outros.

O entendimento pretoriano que vem predominando é no sentido da ausência de litisconsórcio passivo entre as partes do processo principal, inferindo-se o que se segue:

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – IMÓVEL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA NÃO-REGISTRADO – PENHORA – EMBARGOS DE TERCEIRO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE O DEVEDOR E O CREDOR – INEXISTÊNCIA – CONSECUTÓRIOS DA SUCUMBÊNCIA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – I – Nas hipóteses em que o imóvel de terceiro foi constricto em decorrência de sua indicação à penhora por parte do credor, somente este detém legitimidade para figurar no pólo passivo dos Embargos de Terceiro, inexistindo, como regra, litisconsórcio passivo necessário com o devedor (...) ³⁵².

Havendo, todavia, interesse de ambos os sujeitos da relação jurídico-processual em manter o ato impugnado, a formação do litisconsórcio, como ensinado acima, é de rigor, de acordo com abalizada orientação jurisprudencial:

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CIVIL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA – GARANTIA HIPOTECÁRIA – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 47, CAPUT, DO CPC – I. O órgão judicial não está obrigado a tecer considerações sobre todos os pontos levantados pelas partes, é suficiente que se manifeste sobre os elementos em que se baseou para solucionar a lide. Ofensa aos arts. 165, 458, II e 535, II, do CPC, não caracterizada. II. Se o provimento dos embargos de terceiro pode afetar tanto o exequente como o executado, considerada a natureza da relação jurídica que os envolve, é de se reconhecer a existência, entre eles, de litisconsórcio passivo necessário unitário. III. Recurso especial conhecido e provido ³⁵³.

³⁵¹ Narra Humberto Theodoro Júnior que pela nova redação dada ao art. 652, cabeça, do CPC (cf. Lei nº 11.382/06), não mais se inclui no ato citatório a convocação do devedor para nomear bens à penhora, faculdade agora atribuída ao credor. No entanto, na acepção do mestre, não dispõe este de um poder absoluto para definir o objeto da constrição, cabendo ao executado o direito de impugnar a indicação de bens se não for obedecida a gradação legal (art. 650), ou se não respeitar a forma menos gravosa para o processamento da execução (art. 620). (*A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, p. 60). Nos últimos casos, não só poderá, como deverá o executado demonstrar que existem outros bens que façam vezes à penhora, sob pena da impugnação não surtir efeitos.

³⁵² STJ – 3ª T. – REsp. 282674 / SP – Relª Minª Nancy Andrighi – DJU 07.05.2001, p. 00140.

³⁵³ STJ – 3ª T. – REsp. 298358 / SP – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 27.08.2001, p. 00332

Inúmeros processualistas de escol, todavia, têm deflagrado a bandeira da existência de litisconsórcio necessário unitário entre todos os integrantes do processo principal, que deverão compor o pólo passivo da ação de embargos de terceiro. A principiar, essa é a opinião de Olavo de Oliveira Neto, para quem o exeqüente e o executado sempre serão sujeitos passivos dos embargos de terceiro³⁵⁴.

Aduzem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que:

Dada a natureza desconstitutiva dos embargos de terceiro, o litisconsórcio passivo nessa ação é necessário-unitário (CPC 47), pois a desconstituição do ato judicial se dará em face de todas as partes do processo principal e a decisão deverá ser uniforme e incidível para todos os litisconsortes; ou se mantém a constrição ou se libera o bem ou direito³⁵⁵.

Igualmente defende a formação de litisconsórcio passivo necessário entre as partes envolvidas no litígio original o professor Rogério Marrone de Castro Sampaio, ressaltando que não deve ser confundido o legitimado para figurar na qualidade de embargado, com o responsável pelo pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência no caso de procedência dos embargos de terceiro, a incidir apenas àquele que deu causa ao ato de apreensão³⁵⁶.

Em obra versando sobre a temática, que teve origem em Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo declama que a hipótese de existência de litisconsórcio necessário unitário no pólo passivo dos embargos de terceiro tem como vantagem o fato de fundamentar a legitimidade passiva dessa ação em critérios estritamente objetivos e fixados *a priori*, trazendo maior segurança jurídica, na medida em que será arrostado o subjetivismo proclamado pela doutrina e jurisprudência dominante³⁵⁷.

O posicionamento da corrente minoritária já se assentou em sede de jurisprudência, uma vez que: “Tratando-se de penhora, é de rigor nos embargos de terceiro a formação de litisconsórcio passivo necessário unitário entre o exeqüente e o executado, tendo em vista a finalidade e estrutura desses embargos³⁵⁸.”

³⁵⁴ *A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada*, p. 169.

³⁵⁵ *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.225-1.226. Como visto, para nós prevalece a natureza mandamental.

³⁵⁶ Op. cit. p. 129. Em teor semelhante: MARTINS FILHO, Javert Prado. *Embargos de Terceiro*. p. 36.

³⁵⁷ Op.cit. p. 4.

³⁵⁸ TJSP – 13ª Câmara Cível – AI 222.346-2 – Rel. Des. Donald Armelin – j. 28.9.1993. in JTJ 148/189.

A proposta de estabelecimento de critério objetivo e predeterminado, para a decodificação da legitimidade passiva dos embargos de terceiro, resultante na formação do litisconsórcio necessário unitário entre todas as partes do processo principal, pese ser tentadora, a nosso ver, não se ajusta com facilidade à grande maioria dos casos vivenciados no foro. Não em raras oportunidades, a constrição judicial não será favorecedora ao demandado, que, ao revés, demonstrará notória contrariedade à sua manutenção.

Quantas vezes, por exemplo, numa execução, recaindo a penhora em bem alienado precedentemente à citação pelo executado a outrem, o devedor formula pedido de cancelamento ou substituição de penhora (que só não logra acolhimento por discordância caprichosa do credor, que sabe da boa-fé do terceiro, mas se prende a alegar a necessidade de este percorrer as vias próprias - embargos)? Em tal diapasão, seria realmente cogente incluir o réu no pólo passivo dos embargos de terceiro, desprezando completamente o instituto da economia processual? Se fosse para figurar como litisconsorte necessário em casos tais, melhor se enquadraria sua intervenção no pólo ativo.

O argumento do incômodo gerado pelo subjetivismo do critério dominante, de pesquisar caso a caso quem seria o beneficiário pela manutenção da constrição judicial, igualmente não prospera. Ora, em demandas ordinárias, sempre existiu a necessidade de indagar a pessoa que deverá se sujeitar concretamente aos efeitos do pedido formulado na inicial, para aquilatar a titularidade do pólo passivo. E nem por isso se questiona de forma tão efusiva a falta de segurança jurídica da fórmula, ou o subjetivismo que é lhe subjacente.

Nos embargos de terceiro, igualmente, embora às vezes pareça penoso ao embargante eleger os integrantes do pólo passivo da ação, deve investigar os interesses das partes da causa principal, até para evitar a prática de atos processuais desnecessários, como a citação do réu/executado que já manifestou prévia discordância à apreensão judicial por pertencer o bem ao embargante.

Para contornar a problemática, o juiz, ao receber a inicial de embargos de terceiro, verificando a equivocidade da composição do pólo passivo, seja pela escolha errada do embargado, ou pela preterição de litisconsorte necessário, poderá e deverá exortar o embargante a sanar o erro, dando-lhe prazo razoável para emendar a inicial ou promover a citação do litisconsorte faltante (nos termos dos

arts. 47, parágrafo único e 284, do Código de Processo Civil), mediante decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento³⁵⁹.

Salientamos, enfim, com apoio na lição de Carlos Alberto Ortiz, que o réu ou o executado na ação original, não chamado para compor os embargos de terceiro na qualidade de legitimado passivo, poderá intervir nesse processo como assistente, para coadjuvar o embargante ou o embargado, dependendo do interesse que vise proteger³⁶⁰.

Além disso, versando os embargos de terceiro bens já submetidos à arrematação, poderá também o arrematante, mesmo não sendo parte no processo principal, ingressar como assistente do embargado, pois ostenta legítimo interesse jurídico na vitória deste³⁶¹.

³⁵⁹ PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 1, 567.

³⁶⁰ *Embargos de Terceiro*, p. 156. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 326. Contra, entendendo que o excluído dos embargos de terceiro poderá atuar somente ao lado do embargado, como assistente: PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 28.

³⁶¹ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 981. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 317.

4 – CASOS ESPECIAIS DE EMBARGOS DE TERCEIRO.

4.1 – EMBARGOS DO JUÍZO DIVISÓRIO E DEMARCATÓRIO.

Admitem-se, igualmente, embargos de terceiro, para a defesa da posse, quando nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios e definitivos, da partilha ou da fixação de rumos (art. 1.047, inciso I, do Código de Processo Civil).

Os embargos a atos do juízo divisório, no direito pátrio, tiveram origem quando da outorga constitucional de competência aos Estados-membros para legislar sobre matéria processual (Magna Carta de 1.891), admitindo o Código paulista a utilização do instituto nas ações de divisão e demarcação, quando fosse o imóvel sujeito aos atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou demarcação (art. 89, inciso I, alínea *b*)³⁶².

Deles não cuidou expressamente o CPC de 1.939, de modo que persistiu polêmica sobre serem admissíveis ou não os embargos de terceiro em face do juízo divisório³⁶³. Pontes de Miranda destaca que já havia a possibilidade de utilização de embargos nas ações de divisão e demarcação, à época do diploma anterior, conforme abalizada jurisprudência³⁶⁴.

Decerto, nos termos amplos em que se encontra redigido o art. 1.046 e seus parágrafos do CPC atual, sequer seria necessária existência de norma expressa facultando a utilização de embargos, quando a posse ou propriedade de terceiro (ou parte a ele equiparada) fosse molestada por conta de atos praticados nos processos de divisão e de demarcação. A abundância de conceitos, na verdade, visou conjurar

³⁶² Para acessar o conteúdo literal do dispositivo em comento: DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 29-30.

³⁶³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol III, p. 307.

³⁶⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 81-82.

a controvérsia outrora existente, tornando indene de dúvidas a embargabilidade de terceiro nessas ações especiais.

Talvez um dos motivos que ensejaram a explicitação contida no art. 1.047, I, do CPC encontre guarida na equiparação dos trabalhos de campo dos peritos e agrimensores com os atos de apreensão judicial, para fins de admitir a aplicação dos embargos de terceiro. Observa com primor Ernani Fidélis dos Santos: "...nas ações de divisão e de demarcação, embora os atos dos peritos não sejam propriamente de constrição judicial, como tal são considerados³⁶⁵." Assim, os topógrafos, *v.g.*, ao realizarem a medição, estão no exercício de atividades judiciais, de modo que os atos por eles realizados são obstaculizáveis por meio dos embargos de terceiro³⁶⁶.

Realizados apenas atos incipientes de divisão geodésica do patrimônio pertencente ao terceiro, ainda assim serão cabíveis os embargos na ação divisória, que terão a figura de medida preventiva, plenamente justificável, pois, se têm os embargos o condão de reparar a lesão sofrida, seria absurdo que não tivessem força para evitar a ocorrência da moléstia³⁶⁷.

Não se negue que a presença física ou a realização de atividades técnicas dos funcionários do juízo no imóvel de pessoa alheia ao processo de divisão ou de demarcação, por si só, bastem para constranger a posse sobre o terreno, oferecendo ensanchas aos embargos de terceiro, ainda mais se considerarmos que os trabalhos do perito, uma vez homologados pelo juízo, transformar-se-ão em atos definitivos de adjudicação de posse e domínio em face dos quinhoeiros e confinantes³⁶⁸.

Ponto interessante diz respeito ao legitimado para opor embargos de terceiro nessas condições. A princípio, será o proprietário ou possuidor de área diferente da compreendida na petição inicial da ação de divisão ou demarcação. Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero dizem que os confinantes, terceiros em relação ao processo, legitimam-se a intentar embargos de terceiro, preventivos ou repressivos, para a defesa da posse³⁶⁹.

Ainda que os atos materiais de partilha ou fixação de rumos se restrinjam aos bens discriminados no juízo divisório ou demarcatório, sem invadir propriedade

³⁶⁵ *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 121.

³⁶⁶ SILVA, Clóvis do Couto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XI. Tomo II, p. 462-463.

³⁶⁷ MARTINS FILHO, Javert Prado. *Embargos de Terceiro*, p. 29.

³⁶⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Op. cit.* p. 307.

³⁶⁹ *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 911.

confinante, caberão embargos de terceiro para este alegar que a coisa ou porção dela não pertença aos litigantes originais, mas a terceiro. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a simples descrição de área de terreno de terceiro em processo de divisão ou de demarcação, já basta para oportunizar os embargos aqui tratados³⁷⁰.

Imaginemos que os herdeiros de um imóvel, após atribuição da fração ideal de cada qual em inventário administrativo, postulem em juízo a divisão material da coisa, desconhecendo que o falecido, ainda em vida, tenha alienado referido bem a um terceiro. Caberá a este tutelar sua posse sobre o bem mediante embargos, mesmo tendo os oficiais do juízo observado religiosamente as delimitações do terreno dividendo, não abraçando propriedades contíguas.

Podem muito bem, nessas ações, ser indevidamente colocados os tapumes em imóveis alheios ao processo de divisão ou demarcação, mas que sejam igualmente de propriedade ou posse de uma das partes da ação original, dando azo ao questionamento acerca da viabilidade de embargos de terceiro. Por exemplo, 'A' e 'B' são senhores de terrenos confinantes, submetidos ao juízo demarcatório. Ao traçar a linha geodésica, o perito equivocadamente invade um terceiro bem, que não estava sujeito ao procedimento, mas que por coincidência pertence a 'B'.

A resposta negativa é advinda da doutrina de Hamilton de Moraes e Barros, porque os embargos de terceiro, nas hipóteses tratadas no inciso I, do art. 1.047 do CPC, são remédio exclusivo de quem não é parte na demarcatória ou divisória³⁷¹.

Desse modo:

não há por que ir, quem é parte nessa ação especial e tem nela todas as possíveis defesas de seu direito, revestindo-se agora da qualidade de terceiro, buscar em outro feito, também especial, o que pode obter com desfecho da ação de que participa, na relação processual que já integra³⁷².

Ao que consta, Ernane Fidélis dos Santos aprecia a matéria de maneira similar, quiçá idêntica, na medida em que alega que os embargos de terceiro, versando o juízo divisório ou demarcatório, poderão ser utilizados por qualquer possuidor, inclusive o confinante e o condômino, desde que os últimos não integrem a relação processual primitiva³⁷³.

³⁷⁰ Op. cit. p. 307.

³⁷¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 297.

³⁷² *Idem*.

³⁷³ *Procedimentos Especiais*, p. 269.

Ancorada no postulado da economia processual, a parte integrante da ação primitiva poderá alegar a invasão de terreno de sua propriedade, que não esteja submetido ao juízo divisório ou demarcatório, por simples petição nos autos destes, sem necessidade de manusear outra demanda, trazendo-lhe mais custos e exigindo desnecessária realização de atos solenes perante o aparelhamento judiciário (como citação do embargado, produção de provas, prolação de sentença, apelação com duplo efeito, dentre outros).

Entretanto, não há regra a lhe obstar o acesso aos embargos de terceiro, ao contrário, o art. 1.046, § 2º do CPC, expressamente lhe outorga o remédio processual, porquanto, posto figure como parte no processo de divisão ou demarcação, nos embargos defende bens que, pelo título de sua aquisição ou qualidade da posse, não podem ser atingidos pelos atos materiais, definitivos ou preparatórios, de partilha ou fixação de rumos. No caso, o que é alheio (de terceiro) ao processo principal não é o embargante, porque já figura como parte, mas o bem atingido pelos trabalhos dos auxiliares do juízo, o que não deixa de oportunizar a ação especial aqui tratada.

Na mesma direção, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo escreve que, em decorrência da prática dos atos materiais do juízo divisório ou demarcatório, pode ocorrer que a linha perímetro ou divisória traspasse os bens objetos da ação, invadindo imóvel de um terceiro, ou mesmo das partes, dando causa à oposição dos embargos de terceiro³⁷⁴.

De qualquer forma, pugnamos pela aplicação do princípio da fungibilidade, independentemente da acepção dos postulados de tal ou qual corrente doutrinária, aceitando os fundamentos ou pedidos essencialmente iguais, ainda que pragmaticamente por vias processuais diversas³⁷⁵, aceitando a defesa do imóvel da parte, alheio ao juízo dividendo, por intermédio seja de simples petição nos autos deste, seja através de embargos de terceiro.

Não obstante os embargos de terceiro não tenham o condão de formar, no pólo passivo, litisconsórcio necessário unitário entre todas as partes do processo principal, exceto nos casos em que o réu tenha dado causa ou manifeste interesse na manutenção da constrição judicial, aqui, nos embargos versando sobre atos de

³⁷⁴ *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*, p. 82.

³⁷⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Embargos de Terceiro ou Embargos do Devedor: Fungibilidade de Ações*, p. 39.

construção de juízo divisório e demarcatório, todos os envolvidos deverão ser convocados a se manifestar na qualidade de embargados.

Isso ocorre devido à especificidade procedimental da divisão e demarcação, onde todas as partes envolvidas figuram como interessadas na escoreita delimitação dos lotes, independentemente de aparecerem na qualidade de autores ou réus. Além do mais, qualquer dos confinantes ou comunheiros poderá propor, na qualidade de autor, a ação demarcatória ou divisória, de molde a tornar indefinida a pré-colocação deles no pólo passivo ou ativo da ação correspondente.

O embargante, dessa forma, deverá promover a inclusão de todos os sujeitos do processo original, no pólo passivo dos embargos de terceiro e, no caso de preterição de litisconsorte necessário, outorgar-lhe-á o juiz prazo para promover a citação do faltante, sob pena de declarar extinto o processo, força no art. 47, parágrafo único, do CPC.

4.2 – EMBARGOS DE TERCEIRO DO CREDOR COM GARANTIA REAL.

4.2.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Outro caso especial de embargos de terceiro é o utilizado pelo detentor de direito real de garantia, para obstar a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese (art. 1.047, inciso II, do CPC), em execução promovida por credor quirografário ou portador de segunda hipoteca ³⁷⁶. Em tais hipóteses, excepcionalmente, os embargos de terceiro não exercem a função comezinha desse remédio, a de evitar constrições judiciais injustas em processo no qual o embargante não é parte, mas, sim, veiculam pretensões relacionadas com a preferência concedida aos direitos reais de garantia ³⁷⁷.

O primeiro diploma a tratar dos embargos de terceiro do titular de direito real de garantia, fora o Decreto n° 169-A, de 1.890, em seu artigo 14, secundado pelo Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul (art. 982, 2ª parte). Todavia, ambos

³⁷⁶ Gerson Fischmann observa que a regra em tela não pode ser limitada ao processo de execução, pois pode haver alienação judicial em outras demandas, como na extinção de condomínio, onde, indubitavelmente, poderá o credor com garantia real opor embargos de terceiro (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 279), principalmente pelo fato do direito real de garantia ser indivisível, salvo convenção das partes em sentido oposto, ainda que haja quitação parcial do débito (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Imóvel Hipotecado e a Execução de Terceiro*, p. 16-17).

³⁷⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.194.

os ordenamentos restringiam-nos aos portadores de crédito hipotecário, de modo que, com a amplitude que se tem hoje, somente o Código Estadual Paulista previu o remédio, dispondo no art. 89 o seguinte: “Admitem-se embargos de terceiro: (...) Para o credor com garantia real obstar a venda judicial do objeto da hipoteca, penhor e anticrese³⁷⁸.”

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1.939 não cuidou do assunto, dando ensejo a divergências jurisprudenciais no sentido do cabimento ou não dos embargos de terceiro ao credor dotado de garantia real, para obstar a venda judicial do bem objeto da hipoteca, penhor ou anticrese. Narra Roberto Latif Kfourri que, na vigência do antigo diploma processual, a interpretação dos tribunais, em especial a dos paulistas, a princípio, circundava no sentido de admitir embargos de terceiro ao titular de direito real de garantia, mas em seguida vacilou ao não acolhê-los³⁷⁹, valendo citar como exemplo da última orientação o seguinte aresto: “Da penhora ou execução de imóvel hipotecado não decorre turbação ou esbulho ao direito do credor hipotecário³⁸⁰.”

Escreve Pontes de Miranda que a antiga jurisprudência, que vinha se consolidando na vigência do diploma instrumental de 1.939, no sentido de afastar a embargabilidade do credor com garantia real, era de ser repelida, de forma que o Código de 1.973, acertadamente, redigiu o art. 1.047, II, admitindo a propositura da ação³⁸¹.

Deveras, parecia realmente ser necessária a edição de dispositivo legal expresse autorizando o manuseio de embargos de terceiro pelo credor escudado em garantia real, uma vez que, até sob a égide do atual Código de Processo Civil, houve quem sustentasse a inviabilidade dos embargos nessas circunstâncias.

Na doutrina, Paulo Emílio de Andrade Vilhena aduziu que não existia explicação para a concessão de embargos de terceiro ao titular de direito real de garantia, ante a absoluta inoperância do instrumento à vista da força da preferência e do direito de seqüela que já estão a dispor do credor embargante³⁸². Para ele:

Aspecto relevante, a evidenciar que não se justifica a disposição do art. 1.047, II, do Código de Processo Civil (como também a que dá preferência na execução, segundo a ordem das penhoras – artigo 712), é a que

³⁷⁸ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 60-61.

³⁷⁹ *Defesa do Embargado nos Embargos do Credor com Garantia Real*, p. 231.

³⁸⁰ TACivSP – 3ª Câmara – RT 409/234.

³⁸¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 82.

³⁸² *Embargos de Terceiro do Credor Hipotecário*, p. 410.

permite o conluio entre devedor e credor hipotecário, para afastar qualquer execução quirografária e, mesmo, do segundo credor hipotecário (Código Civil, artigo 813 e parágrafo único)³⁸³.

Temos, todavia, que tal entendimento bastaria para negar vigência ao disposto no art. 1.047, inciso II, do Código de Processo Civil, além de fazer tábula rasa ao princípio básico de hermenêutica, que presume ser o legislador sábio, donde se deve afastar qualquer interpretação que considere inaplicável ou absurdo o texto da lei³⁸⁴, exceto se for a norma inconstitucional, não ocorrendo a ressalva aludida no caso de embargos terceiro do credor com garantia real, que poderá se valer tranqüilamente do remédio jurídico para a tutela de seus interesses.

Materialmente falando, o principal atributo das garantias reais, a par do direito de seqüela, que é o apanágio de todos os direito reais³⁸⁵, constitui-se na outorga de preferência ao credor que a detém, com relação ao quirografário, de modo a pôr o seu titular a salvo da insolvência do devedor comum³⁸⁶. A preleção, contudo, não abrange as obrigações fiscais e trabalhistas³⁸⁷ e tampouco a prestação de caráter alimentar³⁸⁸, que prevalecem ante a garantia real.

Igualmente, conforme se verá adiante, os direitos reais de garantia irradiam inúmeras conseqüências na órbita instrumental, de modo que Humberto Theodoro Júnior adere à lição de Carnelutti de situar tais garantias exclusivamente no campo do direito processual, na medida em que alega que a hipoteca não altera o relacionamento de direito substantivo existente entre credor e devedor, mas apenas a ação do último para executar seu direito na eventualidade do inadimplemento do primeiro³⁸⁹.

A coisa sobre a qual incide a garantia real não é impenhorável em ação movida por terceiro³⁹⁰, todavia, uma vez recaída a constrição em bens gravados por penhor, hipoteca e anticrese, cumpre ao exeqüente promover, pena de nulidade, a

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 63.

³⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 3º vol, p. 14.

³⁸⁶ Ibidem, p. 344.

³⁸⁷ Art. 184, do CTN.

³⁸⁸ "CONCURSO DE CREDORES – Direito de preferência. Artigos 711 e 712 do CPC. O crédito com afetação do caráter alimentar tem prioridade sobre o crédito preferencial garantido por hipoteca cedular. No caso, não prevalece a impenhorabilidade estabelecida no artigo 69 do Decreto Lei nº 167, de 14.02.1967. Recurso improvido." (1º TACSP – AI 1005856-3 – (39418) – Bebedouro – 10ª C. – Rel. Juiz Paulo Hatanaka – J. 22.05.2001).

³⁸⁹ *O Imóvel Hipotecado e a Execução de Terceiro*, p. 12.

³⁹⁰ Somente existirá impenhorabilidade do imóvel hipotecado nos casos de cédulas de crédito rural e industrial, reguladas pelos Decretos-leis nº 167/67 (art. 69) e 413/69 (art. 57).

intimação do credor pignoratício, hipotecário e anticrético (art. 615, inciso II, do Código de Processo Civil); e, sucessivamente, em sendo levado a hasta pública o objeto da garantia, deverá o titular desta ser intimado da sua realização, com no mínimo dez dias de antecedência, para fazer valer sua preferência, sob pena de não efetivação ou ineficácia da praça ou leilão (art. 698 do CPC; art. 1.501 do CC).

Nesse sentido é o escólio de Pontes de Miranda, que nos ensina que:

Os bens hipotecados, os empenhados e os anticréticos não são impenhoráveis. O direito real de garantia não confere a inalienabilização, ainda que temporária; apenas faz *ineficaz*, quanto à garantia, qualquer alienação. Ora, a penhora também se passa no plano da ineficácia dos negócios jurídicos posteriores, e a penhora por outrem também é possível. O credor hipotecário, pignoratício e o anticrético têm, somente, de ser judicialmente intimados³⁹¹.

Em havendo inobservância ao dever de intimação dos detentores de direitos reais de garantia, ou nulidade da comunicação direcionada, em tese, o credor privilegiado poderá se valer da ação de embargos de terceiro, para impedir a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese (art. 1.047, II, do Código de Processo Civil).

Dentre ou doutos, Alexandre de Paula relata que o credor hipotecário, pignoratício, anticrético ou o senhorio direto só estarão legitimados a embargar de terceiro e impedir a alienação judicial, se descumprido o art. 698, do CPC, isto é, se não houverem sido intimados da praça com a necessária antecedência³⁹². No mesmo sentido são os ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva, na oportunidade em que propala que os “embargos de terceiro de credor com garantia real só são admissíveis se ele não houver sido intimado no processo de alienação judicial do bem, objeto da garantia, porquanto, nessa hipótese, a alienação é ineficaz³⁹³.”

Luiz Felipe Silveira Difini aponta que a hipótese de não ser intimado o credor, com garantia real, dos termos da penhora deferida em execução intentada pelo quirografário, configura teratologia processual, cuja ineficácia decorrente do ato deve ser declarada de ofício pelo juiz, ou mediante simples provocação do interessado, sem maiores formalidades, não sendo lógico criar uma ação especial somente para afastar essa teratologia³⁹⁴.

³⁹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo X, p. 196.

³⁹² *Código de Processo Civil* Anotado. Vol. 4, p. 4.010.

³⁹³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XI. Tomo II, p. 478.

³⁹⁴ Op. cit. p. 67.

Nitidamente em direção contrastante, Theotônio Negrão ressalta, de modo mais genérico, que o credor hipotecário não pode deduzir seus direitos (dentre os quais mencionamos o de ser intimado da constrição e da hasta pública) por meio de simplória petição, no processo em que se penhorou o imóvel hipotecado, devendo fazê-lo através de embargos de terceiro ³⁹⁵.

Entendemos, com a devida vênia, que deve ser adotada posição intermediária às salientadas nos parágrafos anteriores. Realmente, há de ser franqueado ao portador de garantia real a argüição da nulidade decorrente da falta de intimação em simples petição direcionada ao processo de execução promovido pelo credor desprivilegiado. Todavia, o reconhecimento da eiva intra-autos na ação executiva depende da desnecessidade de produção de provas para se demonstrar a falha, exceto a documental pré-constituída ³⁹⁶; caso contrário, a matéria deverá ser debelada no bojo dos embargos de terceiro, com total acesso aos meios ordinários de convicção.

Pode parecer impossível a necessidade de provas apenas para elucidar a falta de intimação do credor dotado de garantia real, vez que tal detalhe se encontra previamente estampado no caderno processual. Porém, a argüição de nulidade da intimação, às vezes, demanda a realização de provas, como no caso de ser ela dirigida a pessoa não habilitada a receber correspondência em nome do credor hipotecário, mormente empresas. Nesses casos, a questão poderá ser apreciada em sede de embargos de terceiro.

Além dos casos de falta de intimação, o credor que detém garantia real poderá embargar de terceiro para excluir da constrição o objeto da hipoteca, penhor e anticrese, caso existam bens outros de propriedade do devedor comum, livres e desembaraçados, para fazer frente ao crédito executado pelo quiriografário (ou detentor de segunda hipoteca).

A corroborar tal lição, dispõem os autores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O direito de impedir a alienação judicial de bem hipotecado ou gravado por penhor está ligado à existência de outros bens para responder à execução em que penhorado o bem e ujeito à expropriação. O ônus da prova é do embargante ³⁹⁷.”

³⁹⁵ *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 977.

³⁹⁶ MARQUES, Luiz. *A Exceção de Pré-Executividade*, p. 221.

³⁹⁷ *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 911. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2. p. 324.

A jurisprudência admite a mesma orientação, valendo ilustrar pelos seguintes arestos:

Credor hipotecário. Embargos de terceiro. A interpretação que se recomenda dos arts. 813 e 826 do CC c/c os arts. 649, 1.047, II e 1.054 do CPC é de que os embargos de terceiro, quando fundados na falta da intimação da arrematação ao credor têm o efeito apenas de obstar a realização da praça designada. Efetivada, entretanto, a intimação, o credor hipotecário não poderá impedir que se faça a arrematação, salvo se tiver alegado nos embargos e comprovado que o devedor possui outros bens sobre os quais poderá incidir a penhora³⁹⁸.

O credor com garantia real tem o direito de impedir, por meio de embargos de terceiro, a alienação judicial do objeto da hipoteca; entretanto, para o acolhimento dos embargos, é necessária a demonstração pelo credor da existência de outros bens sobre os quais poderá recair a penhora³⁹⁹.

Afora essas poucas hipóteses, ou seja, falta ou nulidade de intimação do credor detentor de garantia real na execução movida pelo quiriografário (ou detentor de segunda hipoteca), bem como existência de outros bens livres e desembaraçados de propriedade do devedor comum para se fazer a penhora, não obterá êxito o embargante que tentar impedir a alienação do objeto do penhor, hipoteca ou anticrese. O que deverá persistir, na pior das hipóteses, é a preferência salva quanto ao produto da arrematação ou adjudicação, exceto nos casos de concorrência com débitos fiscais, trabalhistas e alimentar. Haverá, todavia, vencimento antecipado da dívida originária da garantia real, caso o objeto dela seja penhorado em execução movida por credor quiriografário⁴⁰⁰.

4.2.2 – CONTESTAÇÃO NOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO CREDOR COM GARANTIA REAL.

O art. 1.054, do Código de Processo Civil, ao dispor acerca da resposta do réu na espécie de embargos de terceiro ora em estudo, assim delimita: “Contra os embargos do credor com garantia real, somente poderá o embargado alegar que: I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; III - outra é a coisa dada em garantia.”

³⁹⁸ STF – 1ª T. – RE nº 102.257 / SP – Rel. Min. Soarez Muñoz – j. 15.05.1984. in. RT 593/726. O texto se refere ao Código Civil de 1.916, correspondendo os dispositivos dos arts. 1.477 e 1.501 do diploma de 2.002.

³⁹⁹ STJ – 3ª T. – REsp nº 578.960 / SC – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 226.

⁴⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 160-161.

Ao que se verifica, o dispositivo em questão estatui genuína limitação cognitiva no plano horizontal da resposta dos embargos de terceiro do credor com garantia real, porquanto estabelece restrições aos elementos objetivos da matéria submetida à apreciação do juiz⁴⁰¹. Não é livre a área de contestação do embargado, devendo se cingir ao legalmente admitido, sob pena mesmo de não se desincumbir do ônus da impugnação especificada constante do art. 302, *caput*, do diploma adjetivo.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, o rol do art. 1.054, do CPC não é meramente exemplificativo, uma vez que: "...na contestação dos embargos de terceiro credor com garantia real, a defesa não é irrestrita, pois o embargado só pode alegar as matérias enumeradas *taxativamente* no CPC 1054⁴⁰²." Idêntico é o parecer de Marcus Vinícius Rios Gonçalves⁴⁰³.

Oposto é o entendimento de Roberto Latif Kfourri, para quem o referido art. 1.054 não teria esgotado todas as matérias passíveis de dedução do embargado contra os embargos de terceiro do credor com garantia real, devendo ser facultada a alegação da dívida vinculada à garantia estar vencida, caso em que o privilégio do credor deveria ser exercitado no produto final da arrematação, mas nunca com a exclusão da coisa gravada do juízo da execução⁴⁰⁴.

Deveras, a redação do dispositivo legal em comento é clara e não deixa margem a dúvidas, na direção de que as matérias de defesa de mérito do embargado nos embargos do credor com garantia real são previstas em *numerus clausus*, não admitindo interpretação extensiva e emprego de analogia de maneira a facultar alegações diversas da contemplada na norma.

A limitação do art. 1.054, do CPC, todavia, tange às questões de mérito propriamente ditas. Sendo assim, caberá ao embargado alegar em fase de contestação todas as preliminares delineadas no art. 301, do diploma adjetivo, *v.g.*, inépcia da inicial e incompetência absoluta do juízo, tendo em vista que tais matérias devem ser conhecidas até mesmo de ofício pelo magistrado, sendo ilógico não admitir ao réu ventilá-las em sede de resposta.

⁴⁰¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 127.

⁴⁰² *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.229.

⁴⁰³ *Procedimentos Especiais*, p. 141.

⁴⁰⁴ *Defesa do Embargado nos Embargos do Credor com Garantia Real*, p. 232. No mesmo sentir: PAULA, Alexandre de. *op. cit.* p. 4.028.

No nosso sentir, inclusive, poderá o embargado, na contestação aos embargos do credor com garantia real, veicular (em benefício do devedor comum) defesa indireta de mérito concernente na prescrição quinquenal do crédito hipotecário, pignoratício ou anticrético, nos termos do art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, consubstanciando-se a garantia real em título de dívida líquida e certa constante de instrumento público ou particular.

É que, de acordo com o art. 193, do diploma substantivo pátrio, a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem a aproveita, interessando ao credor quirografário ver reconhecida a prescrição do débito com garantia real, na medida em que poderá excutir sozinho o bem dantes gravado após o acolhimento da tese. Carvalho Santos alega, nesse particular, que:

“A parte a quem aproveita a prescrição é aquela a favor da qual ela corre, isto é: o prescribente, pessoa natural ou jurídica, o herdeiro do prescribente, **o credor do prescribente**, o fiador, o co-devedor em obrigação solidária, o coobrigado em obrigação indivisível, o obrigado à prestação de evicção, o fideicomissário⁴⁰⁵.” (grifo nosso).

Para espancar qualquer dúvida quanto à admissibilidade de arguição da matéria pelo embargado nos embargos do credor com garantia real, vale fazer menção à Lei nº 11.280/06, que alterou a redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, declamando que a prescrição deverá ser pronunciada de ofício pelo juiz, ou seja, independentemente de oitiva das partes⁴⁰⁶. Ultrapassou a prescrição, assim, o qualificativo de mera exceção, passando a ser considerada verdadeira objeção processual⁴⁰⁷, reconhecível mesmo à revelia da vontade dos interessados, podendo sem qualquer dificuldade ser admitido seu processamento em fase de contestação, contra o crédito pignoratício, anticrético e hipotecário.

Além das hipóteses cognoscíveis *ex officio*, que poderão ser alegadas em preliminares pela parte, o mérito da contestação aos embargos do credor com garantia real versará, alternativamente, em primeiro lugar, a insolvência do devedor comum (inciso I, do art. 1.054, do CPC). A exata acepção da palavra ‘insolvência’

⁴⁰⁵ *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. III, p. 384.

⁴⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 470. Contra, exigindo prévio contraditório antes do pronunciamento da prescrição (BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2, p. 109-111).

⁴⁰⁷ “As matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, independentemente de provocação do interessado, são chamadas de *objeções*, ao lado daquelas matérias que somente merecem ser analisadas se houver provocação pela parte, que são chamadas de *exceções*.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil – Princípios Fundamentais*, p. 272).

exigida pelo dispositivo legal trouxe algumas dúvidas aos doutrinadores em geral quanto à aplicação escoreita do conceito.

Argumenta Ernani Fidélis dos Santos que a 'insolvência' exigida para se repelir os embargos de terceiro opostos por credor com garantia real, decorre necessariamente da declaração judicial precedente do estado, quando então ocorrerão tanto a arrecadação quanto a expropriação de todos os bens do devedor, instaurando-se concurso universal entre os credores, para pagamento segundo comportar a massa, respeitando-se a preferência de cada qual ⁴⁰⁸.

Vicente Greco Filho também fala que a 'insolvência' alegada no inciso I, do art. 1.054, do CPC, acarretará a habilitação de todos os créditos e suspensão de todas as execuções particulares ajuizadas contra o devedor comum, mas difere do mestre anterior, pois faz entender que o estado de insolvência não será necessariamente preexistente, podendo ser instaurado o processo para sua declaração após o julgamento dos embargos de terceiro ⁴⁰⁹.

Predomina, por sua vez, a interpretação de que a 'insolvência' exigida pelo diploma adjetivo, para repelir os embargos de terceiro opostos por credor com garantia real, decorre unicamente da situação patrimonial deficitária do executado, ou seja, de mera ausência de outros bens passíveis de penhora no patrimônio do devedor comum, ou, ainda, pressupõe a existência unicamente de bens já gravados. Ademais, se houver insolvência judicialmente declarada por sentença transitada em julgado, sequer terá oportunidade a penhora, mas sim a arrecadação de todos os bens do devedor, livres e onerados ⁴¹⁰.

Inteligentemente, anota Haroldo Pabst que, inexistindo outros bens penhoráveis e desonerados, ou constituindo-se o acervo do devedor exclusivamente do bem hipotecado, o credor quirografário pode promover a penhora ⁴¹¹. Reconhece, outrossim, Pontes de Miranda: "...ainda que não esteja vencida a hipoteca, podem os credores quirografários penhorar o bem gravado, se há insolvência, ou se não há outros bens ⁴¹²." Aliás, a verificação unicamente de coisas oneradas que compõem o acervo do executado, aliada à sua falta de indicação de bens outros livres à penhora, já vale como presunção legal de sua insolvência,

⁴⁰⁸ *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 3, p. 125.

⁴⁰⁹ *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol. p. 254.

⁴¹⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo de Execução*, p. 372.

⁴¹¹ *O Crédito Hipotecário na Execução Movidada por Terceiro*, p. 10.

⁴¹² *Tratado de Direito Privado*. Tomo XX, p. 381.

consoante disposto no art. 750, inciso I, do Código de Processo Civil, autorizando a manutenção da constrição sobre o objeto da garantia real.

O ônus da prova de que existem coisas outras passíveis de penhora no patrimônio do devedor comum cabe ao embargante, detentor de crédito real, uma vez que não se pode imputar ao embargado o ônus de efetuar prova negativa indefinida (ausência de bens). A tese tem prevalecido na jurisprudência, igualmente, como se depreende deste aresto:

EMBARGOS DE TERCEIRO – CREDOR HIPOTECÁRIO – PRIVILÉGIO – Não existindo nos autos elementos que possam destruir os indícios de insolvência da executada, devedora comum, não pode ser acolhida a pretensão deduzida em incidental de embargos de terceiro aviada pelo credor hipotecário, diante do superprivilégio do crédito trabalhista ⁴¹³.

Já o inciso II, do art. 1.047, do estatuto processual civil pátrio, encarta como segunda modalidade de defesa de mérito do embargado, nos embargos do credor com garantia real, a nulidade do título, ou sua ausência de força obrigacional perante terceiros.

Se o título de garantia for meramente anulável, *v.g.*, firmado pelo devedor comum quando era maior de dezesseis e menor de dezoito anos (art. 171, inciso I, combinado com o art. 4º, inciso I, ambos do Código Civil), a *contrario sensu*, não poderá o embargado invocar a mácula em contestação aos embargos de terceiro opostos pelo credor com garantia real, porquanto a anulabilidade somente pode ser alegada pelos prejudicados ou por representantes legítimos, sendo igualmente infensa a decreto *ex officio* do juiz (art. 177, do diploma material) ⁴¹⁴. Sendo ainda que, no sentir de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida, o lesado interessado no reconhecimento da nulidade relativa é o próprio devedor, unicamente ⁴¹⁵.

No entanto, podendo o embargado invocar a nulidade absoluta do instrumento firmado pelo devedor comum, por maior razão, ser-lhe-á facultado levantar a inexistência dele, caso o título gerador da garantia real se enquadrar nessa categoria, ou seja, em sendo inidôneo a produzir quaisquer conseqüências jurídicas por lhe faltar elemento essencial, indispensável à sua existência

⁴¹³ TRT 3ª R. – AP 4.377/98 – (JF 03-1.560/98) – 3ª T. – Rel. Juiz Carlos Augusto J. Henrique – DJMG 15.06.1999 – p. 3.

⁴¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º vol, p. 350.

⁴¹⁵ *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 324.

(consentimento, objeto, causa)⁴¹⁶. Isso porque, o franqueado a alegar o vício mais ameno, por questão de lógica, também poderá argüir o mais severo.

Entendem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que o embargado poderá ventilar, em sede de contestação aos embargos do credor privilegiado, fraude à execução ocorrida na constituição da garantia, uma vez que nesse caso ocorrerá nulidade do título respectivo (art. 592, inciso V, do Código de Processo Civil)⁴¹⁷. Ponderamos, contudo, que na hipótese aventada a garantia real outorgada não será nula, mas simplesmente deixará de obrigar o terceiro (no caso o credor quirografário ou segundo hipotecante), dado esse que faculta a resposta com base na parte final do inciso II em comento.

A constituição de ônus real a terceiro, quando pende demanda contra o devedor comum capaz de reduzi-lo à insolvência, não é vedada pelo ordenamento jurídico, tampouco torna nula a oneração, mas, simplesmente ineficaz perante o exeqüente, no caso o credor despido de privilégio, que poderá repelir com êxito os embargos de terceiro opostos pelo detentor da garantia real fraudulenta. Pontes de Miranda bem aponta a ineficácia e não nulidade do negócio jurídico praticado em fraude à execução⁴¹⁸.

Outros casos de ineficácia do título perante terceiros, citados na obra de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida, decorrem da hipoteca não registrada na matrícula do imóvel (art. 1.227, do Código Civil), da caução de títulos de crédito e de penhor sobre automóveis, não levados ao registro público competente (Lei nº 6.015/73, at. 129, 2º e 7º), que podem ser deduzidos em fase de contestação dos embargos estudados⁴¹⁹.

Por derradeiro, nos embargos de terceiro do credor com garantia real, caberá ao embargado alegar que outra é a coisa dada em garantia (art. 1.054, inciso III, do CPC). Assim, se o ônus real vincular bens diversos do constrito em ação movida contra o devedor comum, restará o embargante vencido na ação de embargos, caso a parte contrária levante e prove tal particularidade.

Gerson Fischmann tece críticas à disposição em comento, pois segundo ele a regra seria dispensável, atingindo a própria questão da legitimidade ativa dos embargos de terceiro que, em tese, seria repelida nas preliminares de mérito. Aduz

⁴¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 1º vol, p. 270.

⁴¹⁷ *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 918.

⁴¹⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IX, p. 467.

⁴¹⁹ Op. cit. p. 324.

ainda que “...não há razão para que o credor com garantia real interponha embargos de terceiro se a constrição atingiu bem outro que não aquele objeto da garantia ⁴²⁰”. Vale lembrar que é, contudo, viável a hipótese na realidade empírica, em especial quando se tratar de bens de nebulosa individualização e distinção. Ao embargado tocará contestar a ação e demonstrar a diversidade de coisas dadas em garantia e penhoradas nos autos da execução do devedor comum.

Sem prejuízo, quando o bem dado em garantia for indubiosamente outro que o constricto na ação principal, caberá ao juiz rejeitar liminarmente os embargos por falta de legitimidade ativa do autor.

⁴²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 281.

5 – COMPETÊNCIA PARA CONHECIMENTO E JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

Estatui o art. 1.049, do Código de Processo Civil: “Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.” A primeira observação que se faz à disposição em tela, guarda relação com a utilização equivocada da terminologia ‘juiz’ (pessoa física), quando, na verdade, os embargos de terceiro hão de ser direcionados ao mesmo ‘juízo’ que realizou a constrição judicial ⁴²¹. Reza José Ysnaldo Alves Paulo que: “Cabe ao juízo, cujos atos motivaram a turbação dos bens pertencentes ou protegidos pelo possuidor, o recebimento, o conhecimento e o final julgamento dos embargos de terceiro ⁴²².”

Trata-se de regra de competência funcional ⁴²³, absoluta, que não poderá ser derogada por vontade das partes, não se prorrogando a atribuição do foro incompetente pela ausência de argüição do vício na primeira oportunidade em que o embargado falar nos autos dos embargos de terceiro. Sua não observância pode e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz, mas sem extinguir o processo ⁴²⁴, cingindo-se a remeter os autos ao juízo competente para apreciação.

Endereçados ao mesmo juízo que determinou a constrição judicial, os embargos serão autuados em separado, segundo se deflui da norma 1.049, do Código de Processo Civil. Renato Riotaro Takiguthi conclama, contudo, que os embargos de terceiro serão apensados aos autos principais, onde o embargado já se encontra representado por procurador ⁴²⁵.

Adversamente, Silveira Difini alega que os embargos correm em autos distintos, não necessariamente apensados ao processo principal, por isso, devem ser instruídos com certidão da decisão que ordenou ou do ato que efetivou a apreensão judicial sobre os bens do terceiro ⁴²⁶. A exigência de certidão, no entanto, resta superada pela declaração de autenticidade das peças que instruem a ação, firmada pelo procurador da parte, nos termos do art. 365, inciso IV, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.382/06.

⁴²¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, p 264.

⁴²² *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*, p. 87.

⁴²³ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 46.

⁴²⁴ “A incompetência absoluta não é causa de extinção do feito sem julgamento do mérito”. (STJ – 4ª T. – REsp nº 100.766 / SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 15.06.1999).

⁴²⁵ *Instituições de Processo Civil*, p. 89.

⁴²⁶ *Embargos de Terceiro*, p. 103.

Para Araken de Assis, os embargos de terceiro representam um processo incidental e autônomo, autuado separadamente do processo principal e, caso o efeito suspensivo outorgado pelo juiz seja total, correrá em apenso, “porque o destino daquele condicionará inteiramente a este ⁴²⁷.” Sem qualquer margem de dúvida, eis a melhor exegese do art. 1.049, do CPC, uma vez que, por um lado, a marcha da ação original não poderá paralisar pela burocracia dos embargos parciais e, de outro, com o sobrestamento íntegro, o apensamento servirá para melhor orientar as partes e o julgador no tramitar dos embargos.

O diploma processual contemporâneo não estabeleceu a qual juízo competirá processar e julgar os embargos opostos contra atos de apreensão praticados por carta precatória, se ao deprecante ou deprecado, fazendo com que divirjam a respeito os doutrinadores pátrios. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1.939, havia regra expressa outorgando competência ao juízo deprecado para conhecimento dos embargos de terceiro (art. 711).

Comentando o estatuto em vigor, Pontes de Miranda alega que acertadamente riscou a regra jurídica do art. 711, do CPC de 1.939, uma vez que o ato constrictivo, na execução por carta, necessariamente é causado pelo juízo deprecante ou rogante. Consoante o mestre: “Se a constrição de modo nenhum foi assunto da depreciação ou da rogação, e o juiz deprecado ou rogado foi o responsável, isto é constrictivo ilegal foi ele, mas isso tem de ser apreciado pelo juiz deprecante ou rogante ⁴²⁸.”

Ilação idêntica é a extraída de artigo científico de lavra de Joaquim Bandeira de Mello, a quem é “..lícito indagar se o Juiz que ordenou a penhora é o deprecante ou deprecado que cumpriu a carta em virtude da qual operou-se a expropriação provisória do bem reclamado por terceiro que não é parte no processo ⁴²⁹.” Ensina que, embora a constrição resulte de execução física do juízo deprecado, foi a penhora ordenada pelo juiz da causa (deprecante), competindo-lhe conhecer e julgar dos embargos de terceiro ⁴³⁰.

Em sentido diametralmente oposto, Hamilton de Moraes e Barros esclarece que, posto o CPC de 1.973 não tenha repetido o art. 711 do diploma processual precedente, a competência do juízo deprecado prevalece, uma vez que este não é

⁴²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.196.

⁴²⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 116.

⁴²⁹ *Da Execução*, p. 402.

⁴³⁰ *Idem*.

simples delegado do deprecante para realizar a execução, mas, sim, o órgão que efetivamente irá praticar o ato de constrição, qualquer que seja ele, em prejuízo do embargante, devendo, portanto, resolver a controvérsia instaurada com a veiculação dos embargos de terceiro⁴³¹. Na mesma trilha, os ensinamentos de Luiz Felipe Silveira Difini⁴³², Javert Prado Martins Filho⁴³³ e J.B. Torres de Albuquerque⁴³⁴.

Entre as duas correntes contrastantes, instaurou-se outra, intermediária, hodiernamente dominante, estabelecendo que a competência se localiza, a princípio, no juízo deprecado, se adveio de sua iniciativa o ato apreensivo incidente sobre os bens do embargante, transferindo-se ao deprecante, caso na carta precatória expedida já conste especificamente a coisa a ser constrita, o que ocorre com frequência em execuções hipotecárias. Essa parece ser a orientação mais adequada.

Coaduna essa idéia Edson Prata, para quem, à falta de texto mais claro, serão os embargos julgados pelo juízo deprecado, quanto este determina a pesquisa dos bens passíveis de constrição judicial e determina a providência legal devida, mas, ordenada a apreensão de bem predeterminado pelo deprecante, a ele tocará julgar os embargos, porque, no último caso, o deprecado serviu apenas como via adequada para cumprimento da ordem daquele emanada⁴³⁵.

Ernane Fidélis dos Santos igualmente abraça o critério da dupla competência, pois:

Se o juiz deprecante ordena a apreensão de bem determinado, a ordem está completa. Se requisita, porém, ato de penhora, a ordem de apreensão só poderá partir do juiz deprecado, pois ele é que vai ordenar especificadamente o ato de apreensão, decorrente diretamente do precatório, mas de um outro ato genérico deprecado, do qual aquele é complementar⁴³⁶.

Inúmeros foram os adeptos da orientação em epígrafe, tanto em nível doutrinário, quanto jurisprudencial, que o extinto Tribunal Federal de Recursos, pacificando a matéria, editou a súmula 33, com a seguinte ementa: “O juízo deprecado, na execução por carta, é o competente para julgar os embargos de terceiro, salvo se o bem apreendido foi indicado pelo juízo deprecante.”

⁴³¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 302.

⁴³² Op. cit. p. 94.

⁴³³ *Embargos de Terceiro*, p. 33.

⁴³⁴ *Do Processo de Execução e dos Embargos*, p. 197.

⁴³⁵ *Embargos de Terceiro*, p. 206.

⁴³⁶ *Procedimentos Especiais*, p. 280.

Em que pese a eliminação da corte em questão, o enunciado continua sendo utilizado com alvíssaras pela jurisprudência hodierna, convindo transcrever a passagem abaixo:

EXECUÇÃO POR CARTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – COMPETÊNCIA – 1. No caso de embargos do devedor, determina-se a competência segundo o disposto na Súmula 46, editada em 1992 pelo Superior Tribunal, orientação que prevaleceu no art. 747 do Cód. de Pr. Civil, na redação da Lei nº 8.953/94. 2. No caso de embargos de terceiro, determina-se a competência segundo o princípio inscrito na Súmula 33, editada em 1980 pelo Tribunal Federal de Recursos, princípio acolhido pelo Superior Tribunal, por exemplo os CC's 10.501 e 13.166, DJ's de 21.11.94 e 29.5.95. 3. Tratando-se de caso em que se não indicou bens, o juízo deprecado é o competente para julgar os embargos de terceiro. 4. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado⁴³⁷.

No entanto, em se tratando de atos ofensivos praticados ao patrimônio do terceiro, provenientes de carta precatória expedida pela Justiça Federal para cumprimento na Justiça Estadual (conforme faculdade do art. 1.213, do CPC), mesmo que a depreciação emanada seja genérica (penhora de bens), Vicente Greco Filho entende que a competência para julgar os embargos afetarà a primeira, o que se justifica dada a natureza diversa das jurisdições⁴³⁸. Isso porque a atribuição do juízo federal, para apreciar as causas discriminadas no art. 109, da Carta Política, além de absoluta, decorre de mandamento constitucional, não podendo sofrer inegerências decorrentes de interpretação da lei ordinária.

De toda a sorte, como a adoção do duplo critério exige do embargante atenção e discernimento além do normal com vistas a localizar o juízo competente, cremos que melhor exegese admite a aplicação do art. 747, do Código de Processo Civil, que trata dos embargos à execução, ao remédio do terceiro, de modo a franquear a interposição da demanda tanto no juízo deprecante quanto no deprecado, cabendo a eles a remessa ao competente⁴³⁹.

Urge convir, ainda, que mesmo tendo o ato de apreensão sido praticado por iniciativa exclusiva do juízo deprecado, em sendo cumprida a carta precatória e exaurida a função deste, sem que o terceiro tivesse manifestado seus embargos nesse interregno, a competência para processamento e julgamento da ação se firmará definitivamente no juízo da causa⁴⁴⁰. É o que ocorre, hodiernamente com

⁴³⁷ STJ – CC 26768 – PR – 2ª S. – Rel. Min. Nilson Naves – DJU 28.08.2000 – p. 00051.

⁴³⁸ *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol, p. 253. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 328.

⁴³⁹ MELLO, Joaquim Bandeira de. Op. cit. p. 402; WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. Op. cit. p. 328.

⁴⁴⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 316.

mais freqüência, quando após o encerramento e devolução da deprecada vislumbrando penhora (genérica) e avaliação de bens, o exeqüente postula no juízo de origem a adjudicação da coisa constrita, meio expropriatório preferencial, após a edição da Lei nº 11.382/06 ⁴⁴¹.

Ao invés, se os atos de apreensão decorrerem de cumprimento de carta de ordem, expedida nos casos de competência originária dos tribunais, irrelevante será identificar o órgão que deu causa à constrição judicial, porquanto, ainda que ela se deva a empreendimento único do juízo monocrático, a atribuição para conhecimento e julgamento dos embargos de terceiro afetará ao tribunal, detentor de competência absoluta e funcional, não comportando derrogação ou prorrogação nesse caso em particular ⁴⁴².

Díssidio surge quando os embargos de terceiro são apresentados já estando o processo principal em grau de recurso, seja porque o terceiro recalcitou em não manifestar sua pretensão no juízo monocrático responsável pela constrição, seja porque a apreensão foi praticada diretamente pelo tribunal, por exemplo, antecipando os efeitos da tutela recursal, havendo os que pugnem pela competência do sodalício para processamento e julgamento dos embargos em tal contingência, tal como Pontes de Miranda, ao declinar que: “Apresentados já em grau de recurso, os embargos de terceiro perdem um grau, pelo menos. Por mais que se estranhe essa exceção ao *princípio do duplo grau* ou da *dupla cognição*, essa solução tradicional é a melhor ⁴⁴³.”

Em sentido contrário, Araken de Assis relata que pendendo o processo em grau de recurso, porque não transitou em julgado a sentença, cabe ao terceiro embargar, firmando-se a competência no juízo de primeiro grau ⁴⁴⁴. Já na acepção de Hamilton de Moraes e Barros: “Manifestados os embargos no juízo próprio, o de primeiro grau, nada impede que o interessado pleiteie no juízo do recurso, da decisão do processo principal, a suspensão de sua marcha ⁴⁴⁵.”

⁴⁴¹ “A alienação em hasta pública, de todo anacrônica e formalista, além de onerosa e demorada, apresenta-se sabidamente como a maneira menos eficaz de alcançar um justo preço para o bem expropriado. Passa-se a adotar, como meio expropriatório preferencial, a adjudicação pelo próprio credor, por preço não inferior ao da avaliação.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Reforma da execução do Título Extrajudicial*, p. 4).

⁴⁴² No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.225.

⁴⁴³ Op. cit. p. 84.

⁴⁴⁴ Op. cit. p. 1.198.

⁴⁴⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IX, p. 300.

Comungamos do mesmo entendimento, tendo em conta que a atribuição funcional do tribunal somente abrange os casos de sua competência originária e, no caso do processo estar em fase de recurso, a apreensão judicial sempre terá como gênese o juízo de primeira instância.

De outra banda, muito embora o art. 1.049, do CPC, firme a competência ao mesmo juízo donde proveio a apreensão judicial, tal regra não prevalecerá no caso de embargos de terceiro impetrados pela União, autarquias e empresas públicas federais, contra atos de constrição oriundos da Justiça Comum Estadual, devendo, em hipóteses semelhantes, do confronto entre normas de diversa hierarquia, predominar a competência constitucional da Justiça Federal para conhecer e julgar das demandas em que tais pessoas jurídicas de direito público figurem como autoras, réis ou intervenientes (art. 109, inciso I, da Magna Carta).

Amparando-se em raciocínio parecido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam que, havendo normas de organização judiciária que fixem a competência de juízo, dentro da mesma Comarca, em favor da Fazenda Pública estadual ou municipal, tal qual ocorre na cidade de São Paulo, a oposição de embargos de terceiro por estas deslocará a competência para o juízo privativo da Fazenda Pública ⁴⁴⁶.

Discordamos do notável posicionamento, uma vez que a norma de organização judiciária, pese ser absoluta (instituída em favor do bom andamento da jurisdição), comumente vem delineada pelas constituições e leis estaduais, não tendo o condão de alterar a competência igualmente funcional advinda do Código de Processo Civil, lei ordinária federal, hierarquicamente superior àquelas ⁴⁴⁷.

Nas hipóteses em que a Constituição Federal prevê a possibilidade de serem julgadas pela Justiça Comum Estadual as causas de competência originária da Justiça Federal, caso esta não possua sede na Comarca (art. 109, § 3º), tais como se dá em executivos fiscais, ações previdenciárias, dentre outras, já se sustentou que a atribuição da jurisdição estadual se restringiria ao conhecimento das causas autorizadas, pelo que os embargos de terceiro contra constrições nelas praticadas haveriam de ser solvidos pelo juízo federal, segundo narram Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida ⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Op. cit. p. 1.224.

⁴⁴⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, p. 165.

⁴⁴⁸ Op. cit. p. 328.

Recentemente, contudo, consolidou-se o entendimento de que ao juízo estadual competirá o conhecimento e julgamento de todas as ações e processos incidentes àquele cuja competência originária lhe fora constitucionalmente atribuída, tal qual os embargos de terceiro. A título de argumentação, veja-se a seguinte passagem jurisprudencial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. FAZENDA NACIONAL. JUSTIÇA ESTADUAL. EMBARGOS DE TERCEIROS. CONEXÃO. ART. 1.049 DO CPC. ART. 15, I, LEI 5.010/66. ART. 109, § 3º CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A delegação de que trata o art. 15, I, da Lei 5.010, de 1966, prevista no art. 109, § 3º da Constituição, abrange também as ações paralelas à execução fiscal promovida pela Fazenda Pública Federal, pois quebraria toda a lógica do sistema processual distribuir a juízos diferentes a competência para a ação e a competência para a oposição. 2. Assim, por imposição do sistema, é de se entender que o juiz de direito ao qual for delegada a competência para a ação de execução, será também competente para as ações decorrentes e anexas a ela. 3. Deve ser observado, também nesses casos, o disposto no art. 1049 do CPC. 4. Conflito conhecido e declarada a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o suscitado ⁴⁴⁹.

Competirá, igualmente, ao juízo trabalhista, ao juizado especial cível e à jurisdição criminal o processamento e julgamento dos embargos de terceiro tirados contra atos de constrição praticados no bojo de processos de suas alçadas, mesmo que a princípio pareça ser alheio à atribuição desses ramos especializados conhecer questões referentes à propriedade de bens do terceiro.

A Consolidação das Leis do Trabalho não cuidou especificamente do remédio jurídico dos embargos de terceiro, todavia, devido à aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil à jurisdição trabalhista, força no art. 769 do primeiro diploma, não havendo incompatibilidade lógica a impedir a aplicação dos embargos ao processo laboral, é de se admitir a medida quando houver nos autos principais a apreensão judicial de bens daquele que não figura na qualidade de reclamante ou reclamado.

Saad argumenta que num processo trabalhista, ordinariamente, não se discute o domínio ou a posse de um bem, mas simplesmente a violação de norma protetiva de trabalho subordinado e a conseqüente indenização; todavia, existe a possibilidade de coisa pertencente a terceiro sofrer apresamento judicial em ações desse jaez, sendo, *in casu*, cabíveis os embargos ⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ STJ – 1ª Seção – CC 34.513 / MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 12.11.2003 – DJU 01.12.2003, p. 255.

⁴⁵⁰ CLT Comentada, p. 1.021.

Será da competência da Justiça do Trabalho o conhecimento e julgamento dos embargos de terceiro opostos contra atos de turbacão ou esbulho à posse ou domínio de bens de pessoa alheia à reclamação, aplicando-se o art. 1.049 do CPC, ainda que a coisa afetada seja de propriedade da União Federal, uma vez que, havendo conflito de duas normas constitucionais de igual escala (art. 109 e art. 114 da CF), prevalecerá a regra específica, conforme ficou ressaltado no seguinte conflito de competência:

PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA TRABALHISTA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109 E 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 108 E 575, II, DO CPC. (...) Tratando-se de embargos de terceiro opostos pela União para discutir a titularidade de bem objeto de penhora na execução trabalhista, deve-se manter a competência do Juízo do Trabalho, em razão da natureza acessória e secundária dessa lide em relação àquela oriunda do processo principal ⁴⁵¹.

Originando-se o ato de constricão judicial de processo de competência do Juizado Especial Cível, indaga-se inicialmente do cabimento do procedimento especial de embargos de terceiro, uma vez que o art. 10, da Lei nº 9.099/95, esclarece que: “Não se admitirá no processo, qualquer forma de **intervenção de terceiro** nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.” (grifo nosso). Poder-se-ia argumentar, ainda, que a veiculação de embargos de terceiro deporia contra o princípio da celeridade elencado no art. 2º, do mesmo diploma.

Há diferenças substanciais, contudo, entre as figuras jurídicas da intervenção de terceiros e dos embargos, configurando-se este uma ação especial autônoma, de cognição sumária, que possui o fito específico de afastar os bens de posse ou propriedade do terceiro da apreensão judicial emanada do processo principal, não se prestando a discutir o direito das partes originariamente envolvidas, como adrede ocorre nas formas interventivas ordinárias.

Posto isso, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva assegura que não pode o terceiro juridicamente interessado intervir no processo de conhecimento corrente perante o juizado especial, por expressa disposição legal, embora sejam admissíveis, os embargos de que tratam o art. 1.046, do Código de Processo Civil, no curso da execução forçada, caso aquele que não seja parte na demanda sofra

⁴⁵¹ STJ – 1ª Seção – CC 55.639 / SP – Rel.ª Min.ª Eliana Calmon – j. 22.03.2006 – DJU 29.05.2006, p. 148.

turbação ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora ⁴⁵².

Iremos além, pois em nossa concepção a viabilidade do manejo dos embargos de terceiro não ocorre unicamente na fase de execução movida perante o Juizado Especial Cível, sendo viável, embora na realidade fática pouco ocorra, sua oposição contra atos de apreensão hauridos do processo de conhecimento. O princípio da celeridade não é óbice ao manejo do remédio jurídico em tela, porque sobre ele se instaura meramente cognição sumária, não atrapalhando o bom andamento das ações cíveis de menor complexidade. Pelo contrário, a admissão dos embargos de terceiro em hipóteses tais, basta para prestigiar o magno postulado da inafastabilidade da jurisdição, descrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Os embargos de terceiro extraídos contra atos de constrição do Juizado Especial Cível serão distribuídos por dependência ao mesmo juízo, ainda que o embargante não ostente a qualidade ordinária de ser parte ou simplesmente autor perante o juizado de pequenas causas, em face do veto circunscrito no art. 8º e § 1º, da Lei nº 9.099/95 ⁴⁵³.

Dessa forma, se determinada pessoa jurídica de direito privado sofrer aprisionamento em seus bens por força de decisão proferida nos autos do juizado, em processo de que não faz parte, poderá embargar de terceiro para postular o afastamento da constrição incidente em seu patrimônio, assumindo a qualidade de embargante (autor), embora por força do art. 8, § 1º em questão, não detenha legitimidade ativa para demandar perante o Juizado Especial Cível.

O Juizado Especial Cível também será o competente para julgamento da ação voltada contra atos de apreensão por ele praticados, ainda que os embargos de terceiro porventura possuam valor de causa superior ao teto estatuído no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/95, ou seja, mesmo que sobejarem o importe de quarenta salários mínimos nacionais. A possibilidade ou não dos embargos de terceiro ostentarem valor de causa superior ao processo principal, todavia, é bastante controversa e será analisada no tópico oportuno.

Aspecto interessante quanto aos embargos de terceiro opostos no juizado de causas cíveis de menor complexidade, guarda similitude com os efeitos do

⁴⁵² *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada*, p. 60.

⁴⁵³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Embargos de Terceiro*, p. 158.

recurso interpostos contra sentença de procedência ou improcedência. Terá por regra efeito meramente devolutivo, podendo o juiz outorgar a suspensão apenas no caso da decisão ser suscetível de causar dano irreparável à parte (art. 43, da Lei nº 9.099/95), divergindo nesse ponto dos embargos de terceiro ventilados no juízo comum, cuja apelação será dotada necessariamente do duplo efeito ⁴⁵⁴.

Vale mencionar enfim que o Código de Processo Penal, em seu art. 129, admite embargos de terceiro contra seqüestro, *rectius* arresto ⁴⁵⁵ de bens promovidos em seu curso. Nesse caso, pese o fato da jurisdição criminal deter atribuição primordial para resolver a pretensão punitiva estatal, exercerá competência atípica, qual seja, dizer a respeito da posse e domínio do embargante, assim como de sua qualidade de terceiro perante os efeitos do arresto determinado, ou mesmo de sucessor de boa-fé ou não dos bens do criminoso (art. 130, inciso II, do CPP).

Anota com serenidade Fernando da Costa Tourinho Filho que não há razão séria para deslocamento da competência para julgamento dos embargos de terceiro ao cível, permanecendo os autos na esfera criminal, tal como se dá com o mandado de segurança oposto contra decisão proferida na jurisdição penal, que também são de sua competência ⁴⁵⁶.

Mirabete ainda aponta que é parte legítima para impetrar embargos de terceiro a mulher do proprietário ou possuidor dos bens apreendidos em processo criminal, para a defesa de sua meação ⁴⁵⁷. Nessa senda, verifica-se a passagem adiante transcrita:

SEQÜESTRO – Matéria criminal – Embargos opostos à medida pela esposa do réu – Admissibilidade – Parte legítima – Apelação Provida – Inteligência dos arts. 129 do Código de Processo Penal e 1.046, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973. A mulher é parte legítima para opor embargos de terceiro, previsto no art. 129 do Código de Processo Penal, visando a defender a sua meação ⁴⁵⁸.

Na hipótese específica de embargos de terceiro opostos contra atos de apreensão ocorridos em processo penal, o recebimento daqueles não terá o condão de sobrestar o andamento deste, inaplicando-se a regra do art. 1.052, do Código de

⁴⁵⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*, p. 140.

⁴⁵⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 236.

⁴⁵⁶ *Processo Penal*. Vol. 3, p. 35.

⁴⁵⁷ Op. cit. p. 238.

⁴⁵⁸ TJSP – 2ª Câmara Criminal - Apelação nº 127.648 – Rel. Mendes Pereira – j. 05.04.1976 – in RT 488/307.

Processo Civil, ainda que versem os embargos todos os bens objetos de medidas assecuratórias praticadas no crime. De fato, não é lógico admitir que a ação incidental em tela suspenda a persecução criminal, mormente tratando-se de delito apurado mediante ação penal pública incondicionada.

Ainda que o terceiro, no interregno do processo criminal, não embargue a medida assecuratória que originou a constrição de seus bens, ser-lhe-á aberta nova oportunidade para embargar, agora no cível, procedida a liquidação ou execução civil do comando acessório da sentença condenatória penal, no prazo máximo de até cinco dias depois da expedição da carta de arrematação ou adjudicação, nos moldes do art. 1.048, do CPC.

Anote-se, nesse passo, o seguinte aresto:

O Código de Processo Civil não fixa o marco inicial para o oferecimento dos embargos de terceiro, de modo que o adquirente do imóvel objeto de seqüestro decretado no Juízo Criminal pode opor embargos de terceiro no processo de liquidação e de execução, para defender direito seu, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (art. 1.048 do CPC). Recurso especial conhecido, em parte, e provido ⁴⁵⁹.

Registrada a questão da competência para processamento e julgamento dos embargos de terceiro, ainda que de forma bastante sucinta, em que pese reconheçamos a possibilidade de utilização dos embargos em outras espécies de demandas, como o executivo fiscal e o processo falimentar, para não sermos demasiadamente enfadonhos, passaremos ao capítulo seguinte de nossa dissertação, momento em que será analisada a questão do termo inicial e final para propositura dessa ação especial.

6 – OPORTUNIDADE PARA PROPOSITURA DOS EMBARGOS.

6.1 – TERMO INICIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO PREVENTIVOS.

A legislação processual civil em vigor não estipulou o termo inicial para propositura dos embargos de terceiro, mas apenas o final ⁴⁶⁰, porquanto aduz que

⁴⁵⁹ STJ – 4ª T. – REsp nº 110.297 / RJ – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 25.02.2003 – DJU 05.05.2003, p. 298.

⁴⁶⁰ PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 4, p. 4.012.

podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença ou, no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (art. 1.048, CPC).

Todavia, a faculdade outorgada ao terceiro de embargar a qualquer momento do processo principal, há de se compatibilizar com o art. 1.046, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina a embargabilidade somente quando ocorrer turbação ou esbulho à posse ou ao domínio de bens pertencentes ao embargante. Antes, porém, de se verificar aludidas circunstâncias na realidade sensível, fica difícil sustentar a possibilidade de utilização do remédio jurídico, pois que se destinam os embargos a proteger os bens de quem não é parte no processo, contra turbação ou esbulho indevidos decorrentes de atos de apreensão judicial ⁴⁶¹.

Impende, dessa forma, considerar se houve ou não a efetiva moléstia aos bens de pessoa alheia ao processo, por força de ato de constrição jurisdicional, para aquilatar se já iniciou o termo para oposição de embargos. Se numa ação reivindicatória sem pedido de tutela antecipada, o autor requerer a tomada para si de imóvel pertencente a terceiro, não havendo nos autos sequer decisão judiciária de primeira instância a constrição a posse deste, mostram-se prematuros os embargos porventura ventilados, devendo ser utilizada, na pior das hipóteses, a figura interventiva da oposição (artigos 56 e seguintes do Código de Processo Civil), suficientemente hábil a defender os interesses do terceiro na hipótese específica.

Segundo se infere da lição da Araken de Assis, a oportunidade para apresentação dos embargos surge a partir da efetiva agressão judicial aos bens de pessoa alheia ao processo original, pois alega em sua obra que, de modo geral, a apreensão do bem penhorado (art. 652, § 1º, c/c art. 664; art. 475-J, *caput* e § 1º) e a arrecadação do patrimônio do insolvente (art. 766, I) marcam o termo inicial do prazo dos embargos de terceiro ⁴⁶².

Calha sopesar a viabilidade de os embargos serem intentados de forma preventiva, ou seja, quando ainda não houver o concreto aprisionamento judicial ao patrimônio do terceiro, mas apenas ameaça de constrição. Importante a análise da questão, uma vez que o Código de Processo Civil agiu diferentemente do que fez com as ações possessórias, onde admitiu seu manejo na forma de interdito

⁴⁶¹ ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. *Do Processo de Execução e dos Embargos*, p. 195.

⁴⁶² *Manual da Execução*, p. 1.206.

proibitório, em casos de simples ameaça, quando houver justo receio de moléstia à posse. Aqui, nos embargos de terceiro, não reproduziu semelhante fórmula, somente fazendo alusão aos casos de ‘esbulho’ ou ‘turbação’.

Embora aparentemente o estatuto vete a utilização dos embargos aos casos em que ainda não houve ao menos turbação da posse dos bens do embargante, voz corrente na doutrina é o fato de ser facultativa a utilização preventiva da medida. Humberto Theodoro Júnior alega que se o terceiro se sentir ameaçado em seus bens, não precisa aguardar o ato concreto de afetação deles, porque a ameaça, em si, já é a *turbação* de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar da natural eficácia constritiva do decisório ⁴⁶³. No mesmo sentido, dogmatiza o escólio de Clóvis do Couto e Silva, a quem basta a possibilidade futura e iminente de apreensão ⁴⁶⁴.

De forma ainda mais abrangente, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida argumentam que a propositura dos embargos de terceiro dispensa que já esteja ocorrendo o aprisionamento judicial, bastando a mera ameaça de ofensa à posse por ato de jurisdição, hipótese em que teremos os embargos de terceiro com caráter preventivo, equiparáveis, guardadas as respectivas peculiaridades, ao interdito proibitório ⁴⁶⁵.

Em nível de jurisprudência, os embargos de terceiro de cunho preventivo (quando há mero prenúncio de apreensão judicial de bens) já mereceram notável agasalho das cortes superiores, inclusive, conforme se depreende dos termos da decisão exemplificativa a seguir transcrita: “Os embargos de terceiro são admissíveis não apenas quando tenha ocorrido a efetiva constrição, mas também preventivamente. A simples ameaça de turbação ou esbulho pode ensejar a oposição dos embargos ⁴⁶⁶.”

Desnecessária, portanto, uma concreta moléstia aos bens do embargante, bastando a verificação de ordem judicial de constrição exarada nos autos para terem oportunidade os embargos de terceiro, porquanto o comando jurisdicional, face à sua imperatividade, já é ato de apreensão juridicamente caracterizado como

⁴⁶³ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 305.

⁴⁶⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XI. Tomo II, p. 458.

⁴⁶⁵ *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 2, p. 327.

⁴⁶⁶ STJ – 4ª T. – REsp nº 389.854 / PR – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j 03.12.2002 – DJU 19.02.2002, p. 367.

turbador da posse ⁴⁶⁷. Ainda mais tendo em vista que, à resolução do juízo, seguem-se necessariamente os atos de aprisionamento propriamente ditos, aos quais os oficiais de justiça não poderão se furtar sob nenhum título.

Vale, no entanto, ter sempre em mente a lição de José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, de que a iminência de turbação ou esbulho não pode ser hipotética (genérica), mas objetiva (específica), decorrente de provimento liminar ou de sentença transitada ⁴⁶⁸. Mas a sentença recorrível, ante a palpável viabilidade jurídica de se converter em definitiva, sendo mesmo título hábil para inscrição de hipoteca judiciária (art. 466, *caput*, do Código de Processo Civil) ⁴⁶⁹, ao contemplar bens de terceiro dará ensejo aos embargos.

Simplex temor subjetivo de que o processo venha a afetar os bens de pessoa alheia a ele, por exemplo, pelo só fato do promovente de uma notificação judicial protestar contra a venda de imóvel, já alienado ao terceiro quando do recebimento do aviso pelo notificado, não oportunizará a oposição de embargos, ante a remotividade da medida constritiva a ser adotada pela ação principal, muitas vezes ainda nem promovida.

Já se decidiu, contudo, que a descrição de bens em inventário dá ensejo aos embargos estudados, pois, especialmente quando há consenso entre os herdeiros com relação à forma de divisão dos bens do *de cuius*, o arrolamento se avizinha da outorga judicial de quinhão aos sucessores, sendo que na maioria das vezes a sentença se limita à homologação do plano de partilha, o que poderá acenar com moléstia à posse do terceiro. Nesse sentido:

INVENTÁRIO – Arrolamento de bens alheios – Interposição de embargos de terceiro – Cabimento – Embargos procedentes. A descrição de bem alheio em inventário reflete iminência de lesão, contra a qual é lícito premunir-se por meio de embargos de terceiro ⁴⁷⁰.

Entendemos que não é justo imputar ao terceiro a necessidade de aguardar que a simples situação de perigo se convolva em dano concreto, para somente após lhe dar acesso ao mecanismo dos embargos de terceiro, porquanto postura assim, além de trazer somente embaraços à efetiva tutela de seus direitos, em nada

⁴⁶⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Procedimentos Especiais*, p. 274.

⁴⁶⁸ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 23.

⁴⁶⁹ Humberto Theodoro Júnior relata que a hipoteca judiciária, ora tratada: “Incide sobre imóveis do vencido. Decorre imediatamente da sentença condenatória, sendo irrelevante a interposição ou não de recurso contra ela.”. (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, p. 479).

⁴⁷⁰ TJSP – 6ª Câmara Cível – Apelação nº 61.600-1 – Rel. Orlando Gandolfo – j. 28.11.1985. in. RT 605/53.

colaboraria com a própria jurisdição, pelo contrário, a espera em questão somente prestigiaria a realização de atos processuais fadados ao fracasso (em sendo procedentes os embargos), em atitude de repugnante desperdício de tempo e recursos dos serviços forenses.

Tal conduta, inclusive, vai ao encontro do objetivo primordial da Emenda Constitucional nº 45/04, conhecida como “A Reforma do Poder Judiciário”, que teve como fundamento enxugar os serviços forenses ⁴⁷¹. Por isso, entendemos viável a veiculação de embargos de terceiro em caráter preventivo, por ser mais condizente com o postulado do acesso à justiça, tão defendido na presente dissertação.

Ademais, embora o art. 1.046, do CPC somente preveja a utilização dos embargos de terceiro aos que se encontram de alguma forma turbados ou esbulhados na posse de seus bens, a Magna Carta, em seu art. 5º, inciso XXXV, estende a inafastabilidade da jurisdição para os casos de simples ameaça a direitos, de modo que o remédio infraconstitucional, por óbvio, não poderia se destoar do mandamento soberano, de modo a ser possível os embargos preventivos com respiradouro no ordenamento jurídico pátrio.

Visto o termo inicial para propositura da ação especial, passemos de imediato à questão nebulosa atinente ao lapso final dos embargos de terceiro, com todas as nuances que envolvem a temática.

6.2 – TERMO FINAL PARA PROPOSITURA DOS EMBARGOS.

Memento, o art. 1.048, do Código de Processo Civil, dispõe que os embargos podem ser intentados a qualquer tempo, até o trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento; e na execução forçada, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Eis o prazo fatal para propositura da ação especial. A regra legal, contudo, não é indene de questionamentos, trazendo na realidade fática uma série de intempéries a serem resolvidas pelo intérprete.

Tendo em conta que o dispositivo em pauta somente abarcou a questão do prazo para propositura dos embargos de terceiro voltados contra atos de aprisionamento praticados em sede de processo de conhecimento e de execução,

⁴⁷¹ MARQUES, Luiz Gustavo. *Nova Regulamentação das Custas Processuais (CF, art. 98, § 2º)*, p. 185. in. *Revista Autônoma de Processo*, vol. 4. Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim.

parte dos juristas entendeu que ordenamento estabeleceu fidedigna vedação ao uso do instrumento voltado contra constrições apresentadas em processo cautelar, dada mesmo a provisoriedade que o remonta.

De acordo com Araken de Assis, por mencionar apenas 'processo de conhecimento' (e de execução, é lógico), o art. 1.048 induz veto à possibilidade de os embargos de terceiro atacarem atos apreensivos originários do processo cautelar⁴⁷². Tal entendimento, com o qual não concordamos, já vingou em nível jurisprudencial, inclusive, em Tribunais Superiores, donde se menciona a seguinte passagem:

PROCESSUAL CIVIL – PROCESSO CAUTELAR – EMBARGOS DE TERCEIRO – INADEQUAÇÃO DO MEIO – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.048 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – A oportunidade processual para a oposição dos embargos de terceiro está adstrita ao processo de conhecimento e ao processo de execução, tendo o legislador excluído o processo cautelar, em função da provisoriedade que o alicerça. Podem eles, assim, ser opostos antes do trânsito em julgado da sentença (no processo de conhecimento), ou, na ação executiva, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição⁴⁷³.

Parecendo aderir à corrente adversa, Pontes de Miranda exemplifica em sua obra os embargos de terceiro voltados contra arresto determinado em bens de pessoa que não integra a relação jurídica processual. Ora, isso faz crer que se trata de medida tirada contra ação cautelar de arresto, pois afirma que, no caso, o terceiro poderá utilizar o expediente até o trânsito em julgado do processo principal, caso seja de conhecimento, e até cinco dias após a arrematação, a adjudicação e a remição, em se tratando de execução forçada⁴⁷⁴.

Rechaça a opinião restritiva, por sua vez, Gerson Fischmann, haja vista que:

Quando o ato construtivo decorrer de processo acessório ou em ação cautelar, o trânsito em julgado que serve de marco final para a propositura dos embargos deve ser entendido como o da sentença do processo principal, salvo nos casos de cautelares anômalas que dispensam a ação principal⁴⁷⁵.

Em verdade, não há sentido em obrigar o terceiro, que sofreu moléstia em seus bens no processo cautelar, a aguardar passivamente (e desprovido da posse de referidos bens) todo o tramitar desses autos, para somente após, no processo principal, ser-lhe facultado utilizar os embargos com êxito duvidoso, porquanto pode

⁴⁷² Op. cit. p. 1.205

⁴⁷³ STJ – AGP 1059 / CE – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 10.04.2000 – p. 00082.

⁴⁷⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 83.

⁴⁷⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 253.

o socorro jurisdicional vir serodidamente, seja porque a coisa pereceu, seja pelo fato de sua fruição não mais traduzir ao terceiro o resultado prático de outrora.

Pode o terceiro, dessa forma, embargar no curso da ação cautelar, mas, se preferir, ser-lhe-á permitido aguardar pelo início do processo principal, que pode ser de conhecimento ou de execução, donde a faculdade conferida se expirará respectivamente com o trânsito em julgado, ou mediante o transcurso de cinco dias da arrematação, adjudicação ou remição⁴⁷⁶.

Advinda a moléstia de atos praticados no curso dos procedimentos especiais, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que dois são os momentos a propiciar os embargos, pois caso a agressão ao patrimônio do terceiro tenha origem em liminar concedida, a ação ora tratada deverá ser veiculada até o trânsito em julgado da sentença; mas, se a lesão é praticada na fase executiva do julgado, os embargos de terceiro devem ser opostos no prazo previsto de cinco dias, parte final do art 1.048⁴⁷⁷.

Interessante notar, ainda, que o legislador ordinário desconsiderou no art. 1.048 do CPC, malgrado a reforma ocorrida com a Lei nº 11.232/05, o rompimento com o sistema dual, de modo que não ressaltou a possibilidade de utilização dos embargos de terceiro na fase de cumprimento de sentença. Uma leitura mais desatenta do dispositivo em tela levaria a crer que como não mais existe processo de execução (em sentido autônomo) de título judicial, a faculdade de embargar se expiraria, no caso, com o trânsito em julgado da decisão proferida na fase de cognição.

Porém, quando o texto se refere a constrições praticadas em processos executivos, na verdade, deve-se entender como abrangendo tanto atos apreensivos decorrentes de execução autônoma (título extrajudicial), como os verificáveis na fase de cumprimento de sentença, antiga execução de título judicial, interpretando-se o dispositivo supramencionado sistematicamente, harmonizando-o com o sistema jurídico considerado como um todo⁴⁷⁸.

Como na época da entrada em vigor do CPC atual não coexistia processo de execução autônomo e fase de cumprimento de sentença, ou seja, tudo se concentrava no primeiro (que podia se basear em título extrajudicial ou judicial),

⁴⁷⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*, p. 136.

⁴⁷⁷ *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 913.

⁴⁷⁸ *Curso de Direito Civil*. 1º vol, p. 36.

sequer havia a possibilidade de o art. 1.048 contemplar a última figura, entendendo-se que a não modificação da regra, por conta das reformas sucessivas pelas quais passou o estatuto adjetivo, tratou-se de lapso involuntário do legislador, não de intuito de pré-excluir os atos praticados no bojo do cumprimento de sentença do campo da embargabilidade.

A expiração do prazo dos embargos de terceiro com o trânsito em julgado da sentença, somente persiste caso a constrição tenha origem na fase cognitiva da demanda.

Aponta-se ainda que a Lei nº 11.382/07, que alterou radicalmente a estrutura do processo de execução, excluiu a figura da remição de bens, substituindo-a pela adjudicação do cônjuge, descendente ou ascendente do executado, que na verdade são os mesmos legitimados à antiga remição (art. 787, do diploma adjetivo, revogado pela legislação supra). O quinquídio para ingressar com embargos de terceiro, desse modo, pelo texto da lei, apenas se contará a partir da adjudicação e da arrematação, quando a ação visar ao ataque de atos praticados no curso da execução forçada, nela abrangendo o cumprimento de sentença.

Resta consignar, igualmente, que a norma prevê a aplicação dos embargos no processo executivo até cinco dias após a arrematação e a adjudicação (fica excluída a remição, como dito acima), atos esses característicos da execução por quantia certa contra devedor solvente, não abrangendo todas as hipóteses de constrições, como as decorrentes do usufruto forçado (art. 716 c/c o art. 647, III) e o desapossamento do art. 625, todos do CPC. “Para essas e todas as demais hipóteses não disciplinadas expressamente no dispositivo valerá a analogia: o termo final será sempre cinco dias da transferência de domínio supostamente ofensiva à posse do embargante ⁴⁷⁹.”

Embora o prazo de cinco dias, aplicando-se a letra fria da lei, possa ser abreviado com a expedição da respectiva carta de transferência de domínio antes do interstício, estamos com Araken de Assis, quando alude não poder o terceiro experimentar abreviações no quinquídio pela antecipação da carta, ainda que derivada de elogiável celeridade processual ⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. Op. cit. p. 327.

⁴⁸⁰ Op. cit. p. 1.027. Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de Direito Processual Civil*. vol. 3, p. 122) vai além, ao recomendar a não expedição das cartas enquanto pender o prazo para embargos à arrematação ou à adjudicação, que hoje é de cinco dias (o mesmo dos embargos de terceiro), conforme dispõe o art. 746, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.382/06.

O lapso final para apresentação dos embargos, reza Humberto Theodoro Júnior, além de preclusivo, é traçado objetivamente pelo legislador, em função de atos ou termos do processo, pouco importando saber se o terceiro tomou conhecimento ou não da medida constritiva sobre seus bens ⁴⁸¹. E a explicação é clara: somente há decadência do remédio processual, persistindo o direito material que o terceiro poderá alegar mediante ação autônoma ⁴⁸².

Recente jurisprudência liberal oriunda do Superior Tribunal de Justiça, todavia, dilatou o prazo de cinco dias previsto em lei, para ter início no dia em que o embargante tomar ciência inequívoca da agressão a seu patrimônio, o que se conta, ordinariamente, da data em que tenha sido despido da posse sobre seus bens. Veja-se:

Em observância ao devido processo legal e ao contraditório, nas hipóteses em que o terceiro-embargante não possua ciência do processo de execução em que se operou a arrematação do bem, deve o art. 1048 do CPC, parte final, ser interpretado extensivamente, elegendo-se como termo a quo para a propositura dos embargos a data de cumprimento do mandado de imissão na posse ⁴⁸³.

I – Na linha da jurisprudência desta Corte, o possuidor com justo título tem direito de ajuizar embargos de terceiro para defesa de sua posse, tendo início o prazo com o efetivo ato de turbação. II – Tendo o terceiro possuidor tomado conhecimento da constrição quando do mandado de imissão na posse, desse dia conta o quinquídio previsto no art. 1.048, CPC ⁴⁸⁴.

De se ver que o sodalício tem se preocupado com o efetivo acesso às vias jurisdicionais, de sorte a evitar o decurso do prazo dos embargos em processo no qual o terceiro não detenha ciência expressa, muito embora a perda da faculdade de embargar não afete o direito material dele. Reconheceu, corretamente, a ineficácia do procedimento ordinário comum para propiciar tutela adequada ao bem da vida defendido.

Os embargos de terceiro se prestam com maior primor, do que o rito ordinário, a reparar a lesão ou evitar o dano àquele que sofreu constrições indevidas em seu patrimônio, por isso a preocupação da corte em manter incólume a embargabilidade nesses casos. A contagem dos prazos a partir da inequívoca

⁴⁸¹ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 315.

⁴⁸² ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 1.207. “Adotou o legislador um tempo conhecido, e certo, dentro do qual são cabíveis os embargos.” (BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 299).

⁴⁸³ STJ – RESP 298815 / GO – 3ª T. – Relª Minª Nancy Andrighi – DJU 11.03.2002.

⁴⁸⁴ STJ – RESP . 345997 / RO – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 15.04.2002.

ciência do terceiro sobre os atos de aprisionamento a seus bens pode ser aplicada no ordenamento pátrio com inegável sucesso, sendo essa a corrente por nós adotada neste ensaio.

O alargamento do prazo, contudo, pode oportunizar a oposição do remédio em questão de forma protelatória. Mas, nem isso justifica a restrição, pois aos contendores ardilosos a lei prevê a aplicação das penas da litigância de má-fé (CPC, art. 17), instituto esse que deve ser utilizado com maior rigor nos casos em que o terceiro abusa de favor outorgado por jurisprudência liberal, como se dá no presente estudo.

6.3 – OPOSIÇÃO NO PERÍODO DE FÉRIAS FORENSES.

As férias coletivas forenses, previstas no art. 173 e 174 do Código de Processo Civil, remontam à tradição romana, período que coincidia com a época de colheita, em cuja oportunidade todos os braços se ocupavam em recolher os frutos da terra ⁴⁸⁵. No direito pátrio, ficou estabelecido que, durante o período de férias forenses, não se praticam quaisquer atos processuais, exceto aqueles tidos como urgentes, delineados nos incisos I e II do primeiro dispositivo invocado acima, dentre os quais se destacam os embargos de terceiro.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 173 estabeleceu que o prazo para a resposta do réu, nos casos em que férias forenses não suspendem a prática de atos processuais, começará a correr a partir do primeiro dia útil seguinte ao término do recesso. Diante disso, a doutrina tem entendido que a tramitação dos embargos de terceiro nesse período somente se dará na fase inicial de apreciação da medida liminar. Cumprido o mandado de restituição ou manutenção de posse em favor do embargante (CPC, art. 1.051), permanecerá o processo sobrestado até a expiração das férias forenses ⁴⁸⁶.

Idêntico o entender jurisprudencial, valendo colacionar a título de elucidação o seguinte: “EMBARGOS DE TERCEIRO – Férias – Curso apenas na fase inicial

⁴⁸⁵ ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Emenda Constitucional n. 45/2004 e Responsabilidade*, p. 4. in. A Reforma do Poder Judiciário. Coordenador Jorge Luiz de Almeida.

⁴⁸⁶ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 53.

destas – Aplicação do art. 173, II e parágrafo único, do CPC. Os embargos de terceiro apenas têm curso nas férias em sua fase inicial ⁴⁸⁷.”

Ataca esse posicionamento o jurista Alcides de Mendonça Lima, em parecer formulado sobre a tópica, verbalizando que o fato de os embargos de terceiro correr nas férias não importa em cindi-lo em suas formalidades inerentes ou, até, em suprimir todas ou algumas de suas formas, pois se pode ser ajuizado durante as férias, o processo deve prosseguir normalmente, como se os trabalhos forenses fossem regulares ⁴⁸⁸.

A questão, ao menos na teoria, perdeu razão de ser, porque a emenda constitucional nº 45/2004, intitulada “Reforma do Poder Judiciário” acrescentou ao art. 93, da Magna Carta, o inciso XII, dispondo que: “...a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.”

Tal norma ingressou no ordenamento jurídico com a finalidade de aceleração da prestação jurisdicional, valendo dizer que, pelas razões originárias das férias coletivas, não mais se justifica sua sobrevivência no contexto atual ⁴⁸⁹. Foi, então, a regra do art. 173, do Código de Processo Civil, derogada com relação às férias, de modo que o processamento dos embargos de terceiro, tanto na fase inicial de apreciação e cumprimento da medida liminar, quanto no tocante à resposta do réu e demais atos subseqüentes, permanecerá incólume em quaisquer circunstâncias, não mais sofrendo soluções de continuidade como de antanho.

Na prática, todavia, as férias forenses acabaram sendo ressuscitadas pelo recesso ⁴⁹⁰, ressurgindo a discussão sobre a suspensividade dos embargos após a fase inaugural de concretização da liminar. Isso porque os órgãos do Poder Judiciário, de um modo geral, têm instituído o sobrestamento dos prazos processuais, em especial na época natalina, paralisação essa que perdura ao menos até o início do ano subseqüente.

⁴⁸⁷ 1º TACSP – 4ª Câmara – Agravo de Instrumento nº 249.027 – Rel. Gonçalves Santana – j. 30.08.1978 – v.u. in. RT 524/145.

⁴⁸⁸ *Embargos de Terceiro – Curso nas Férias – Deferimento da Liminar – Ausência de Caução do Embargante – Documento Particular não Registrado – Ineficácia contra Terceiros – Valor da Causa e Honorários – Intimação do Advogado do Embargado*, p. 234.

⁴⁸⁹ ALMEIDA, Jorge Luiz de. Op. cit. p. 4.

⁴⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.207.

Foge ao âmbito do presente trabalho fazer digressões acerca da constitucionalidade do recesso forense, embora reconheçamos que sua má utilização possa importar em burla ao art. 93, inciso XII, da Magna Carta. Força convir que continua a persistir a possibilidade de utilização dos embargos de terceiro no período de descanso, agora nominado recesso, com deferimento e cumprimento efetivo de medida liminar, se o caso, designando-se audiência preliminar ainda no interstício da suspensão de prazos processuais.

O termo inicial para a resposta do embargado, no entanto, somente começará a fluir após o encerramento do recesso (art. 173, parágrafo único, do Código de Processo Civil), que equivale, na mais amena das hipóteses, aos 'feriados forenses' de que trata o *caput* da regra em debate (aptos a não deixarem escoar o prazo de contestação), não podendo o embargado ser prejudicado por eventuais divergências existentes acerca da constitucionalidade do recesso, para ver abreviado o lapso de veiculação de sua defesa.

Nada impede, porém, que apresente sua resposta na pendência do recesso forense, porquanto a suspensão de prazo decorrente do recesso é instituída para beneficiar o jurisdicionado (e, por óbvio, seus patronos, que poderão descansar nesse período), mas nunca prejudicá-lo. Caso contrário, aí sim, sem qualquer margem de dúvidas, estar-se-ia fazendo tábula rasa ao preceito do art. 93, inciso XII, da Constituição Federal.

7 – ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES.

7.1 – PETIÇÃO INICIAL.

Ação autônoma que são, exigem os embargos veiculação própria através de petição inicial que obedeça aos requisitos dos art. 282 e 283, do Código de Processo Civil, além de conter prova sumária da posse e da qualidade de terceiro do embargante, que se incumbirá de, no mesmo ato, oferecer documentos e rol de testemunhas (CPC, art. 1.050, *caput*). Poderá o embargante imiscuído apenas em posse direta da coisa, alegar na vestibular domínio alheio (§ 2º).

Com relação à necessidade da inicial de embargos vir instruída com prova sumária da posse e da qualidade de terceiro do embargante, Ricardo Gama Rodrigues apregoa que o dispositivo acima invocado constitui uma forma de restrição cognitiva no plano vertical, pois na normalidade não se exige prova sumária da posse e da qualidade de parte, como se dá na restrição imposta legalmente aos embargos de terceiro ⁴⁹¹.

O entrave cognitivo estaria, dessa forma, a barrar as eventuais vestibulares de embargos de terceiro que não viessem acompanhadas da prova sumária ordenada. Pondere-se, todavia, que a própria lei faculta ao embargante demonstrar a posse em audiência preliminar devidamente designada para tanto (CPC, art. 1.050, § 1º), de forma que a petição inicial não pode ser indeferida de plano sob o vazio argumento de lhe faltar tais elementos de convicção.

Nesse particular, José Antônio Além declara que pode o embargante, na inicial, quando os documentos a seu dispor não forem suficientes para a prova do alegado, postular a designação de audiência preliminar, com o objetivo de comprovação da posse, arrolando desde logo as testemunhas com a específica finalidade de serem ouvidas no ato processual ⁴⁹².

Embora a lei somente aprove a designação de audiência prévia para demonstração da posse, a qualidade de terceiro do embargante também poderá ser comprovada durante a realização do ato processual, em especial quando se tratar de situações de difícil documentação, como a união estável, em que, salvo os raros casos de contrato prévio de convivência, os companheiros não costumam amearhar cártulas elucidativas do estado de fato.

O domínio igualmente poderá ser demonstrado mediante colheita de prova oral em audiência previamente marcada para tanto ⁴⁹³, mormente nas hipóteses em que sua aquisição se dá pela simples tradição, versando a propriedade sobre bens móveis (art. 1.267, *caput*, do Código Civil) e estando o embargante despido de documentação elucidativa do direito real. Decorre isso do fato de os embargos de terceiro não se fundamentarem unicamente na posse, mas no domínio puro e simples, conforme já ressaltamos alhures.

⁴⁹¹ *Limitação Cognitiva dos Embargos de Terceiro*, p. 140.

⁴⁹² *Embargos de Terceiro*, p. 20.

⁴⁹³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Embargos de Terceiro*, p. 130.

Impende verificar se a produção de prova sumária da posse e da qualidade de terceiro na inicial ou, quando muito, na audiência de justificação agendada pelo juiz, afigura-se como condição especial da ação de embargos, ou seja, se de sua inobservância decorrerá decreto de carência ao embargante, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Responde afirmativamente José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, uma vez que:

Caso o embargante não consiga demonstrar sua qualidade de terceiro ou sua equiparação a terceiro, bem como não consiga comprovar também sua posse ou seu direito em face do bem apreendido judicialmente, mesmo sendo realizada a audiência preliminar (art. 1.050, § 1º, do CPC), outra solução não restaria senão a extinção do processo, sem julgamento do mérito, porque ausentes ou a legitimação ou o interesse processual, ou ambas as condições da ação⁴⁹⁴.

Temos, contudo, que a aferição das condições da ação de embargos de terceiro deverá ser feita da mesma forma que nas demandas comuns, ou seja, *in statu assertionis*, de acordo com o alegado pela parte na inicial⁴⁹⁵. Se da narrativa fática e jurídica do embargante decorrer ser ele possuidor ou senhor dos bens judicialmente apreendidos e, ao mesmo tempo, terceiro quanto aos efeitos do processo principal, eventual deficiência probatória dessas qualidades simultâneas haverá de ser solvida no plano do juízo de mérito, de procedência ou improcedência da demanda, nunca com o decreto de carência, que, aliás, não pacifica socialmente.

Análoga é a lição de Gerson Fischmann, deduzindo que dos requisitos da petição inicial, destacam-se os específicos da ação de embargos de terceiro, quais sejam: **alegação** da condição de terceiro, da ofensa ou ameaça à posse ou ao direito real de garantia, ou a todo e qualquer direito que admita defesa por via da demanda em comento⁴⁹⁶. (grifo nosso).

A exigência de prova sumária da posse e da qualidade de terceiro, a nosso ver, embora relevante, guarda mais conexão com os requisitos necessários para obtenção da medida liminar de que trata o art. 1.051, do CPC, não podendo conduzir a entendimento diverso, pois simplesmente “o embargante tem o ônus de provar a sua posse em cognição sumária para obtenção de tutela antecipatória⁴⁹⁷.” Ainda no caso da prova produzida pelo embargante, quer com a petição inicial, quer na

⁴⁹⁴ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 59.

⁴⁹⁵ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 90 e seguintes.

⁴⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 258.

⁴⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo*, p. 915.

audiência de justificação prévia não ser apta a lhe outorgar a medida liminar, poderá no curso do processo trazer outros elementos de convicção (perícia, inspeções judiciais, oitiva de novas testemunhas ⁴⁹⁸), idôneos para lhe conferir sentença de mérito favorável.

O que não se admite, isso é inconteste, é da pura narrativa do autor dos embargos de terceiro não decorrer ser ele detentor (ainda que potencial) do direito invocado, a ensejar daí sim decreto de carência, por ilegitimidade ou falta de interesse. Imagine que na exordial o embargante alegue categoricamente que é parte no processo principal, não atribuindo a si qualquer das situações legitimadoras do § 2º, do art. 1.046 do estatuto processual civil. Em tal caso, nenhuma prova, por mais robusta que seja, conduzirá a resultado outro que não a falência dos embargos.

Imperioso que o bem almejado por meio dos embargos de terceiro seja perfeitamente caracterizado e individualizado na inicial, sob pena de não ser o remédio recebido por falta ou deficiência de objeto⁴⁹⁹, segundo se infere do decisório a seguir delineado:

EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM PENHORADO – AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO – Registro em livro da embargante, desacompanhado de outros elementos determinantes da propriedade. Penhora realizada no estabelecimento da executada, em cujo poder se achava o equipamento, conduzindo à presunção de pertencer a ela e de não ser o mesmo bem mencionado na escrita da embargante ⁵⁰⁰.

Faltando à inicial de embargos qualquer dos requisitos de admissibilidade legalmente previstos, poderá o juiz rejeitá-los *in limine*, antes mesmo de considerar a seriedade das razões apresentadas pelo terceiro e o valor das provas com que vem a petição instruída ⁵⁰¹. É o que ocorre no caso de embargos propostos fora do prazo, ou quando o embargante não ostenta a qualidade de terceiro ou parte a ele equiparada, ou mesmo quando não há risco iminente de aprisionamento judicial dos bens.

⁴⁹⁸ No sentido de que o embargante pode pretender ouvir testemunhas diversas em audiência preliminar e de instrução e julgamento (MARTINS FILHO, Javert Prado. *Embargos de Terceiro*, p. 38).

⁴⁹⁹ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. Op. cit. p. 53.

⁵⁰⁰ TJMG – AC 000.217.111-4/00 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. José Francisco Bueno – j. 23.08.2001.

⁵⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 138.

Mas, em sendo sanável o vício, deverá o juiz conceder prazo de dez dias ao embargante para emendar a petição ⁵⁰², com fundamento no art. 284, do Código de Processo Civil. Não cumprida a exigência, após intimado pessoalmente o embargante para dar andamento ao feito em quarenta e oito horas, caberá decreto de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso III e § 1º, do mesmo diploma.

7.2 – VALOR DA CAUSA.

A toda demanda será conferido valor certo, ainda que não haja conteúdo econômico imediato (art. 258, do estatuto processual civil). Sobre o tema em questão, salutar o entendimento do doutrinador paulista Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso, para quem: “Muito embora o art. 259 estabeleça critérios específicos para diversas ações, pode-se fixar como parâmetro geral que o valor da causa deve sempre corresponder ao proveito econômico esperado pelo autor da demanda ⁵⁰³.”

Não fogem à regra os embargos de terceiro, cujo autor, ao arquitetar a petição inicial, deverá conferir valor certo e determinado para a causa, que ordinariamente coincidirá com o montante do benefício patrimonial esperado pelo embargante (aplica-se o critério geral, devido à falta de regra específica), ou seja, a aquilatação econômica do bem que pretende desvinculado do ato judicial de aprisionamento ⁵⁰⁴.

Pontes de Miranda, ao se debelar sobre a aquilatação econômica dos embargos de terceiro, menciona que “o valor da ação é o dos bens constrictos, e não o da ação contra cuja eficácia se vai ⁵⁰⁵.”

Na lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves, o valor da causa nos embargos de terceiro não terá como parâmetro o da ação principal, mas corresponderá ao proveito que aguarda o embargante mediante sentença de procedência dos embargos, devendo assim ser considerado o valor aproximado dos bens que pretende ver libertados da constrição ⁵⁰⁶.

⁵⁰² No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.225.

⁵⁰³ *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, p. 122.

⁵⁰⁴ PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*. Revista de Processo nº 24.

⁵⁰⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 115.

⁵⁰⁶ *Procedimentos Especiais*, p. 139.

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior declara que os embargos de terceiro participam da natureza da reivindicatória, com cujo objetivo guardam estreitas semelhanças de ordem prática, de modo que a estimativa do valor dos bens tutelados nos embargos deva ser a mesma acolhida na ação de reivindicação, ou seja, a estimativa oficial para lançamento do imposto incidente sobre o bem, conforme o art. 259, inciso VII, do Código de Processo Civil ⁵⁰⁷. A tese, contudo, já se viu repelida pela corte paulista ⁵⁰⁸.

Devido à autonomia dos embargos de terceiro, não se confunda o benefício postulado no processo principal, com o proveito esperado nos embargos (montante dos bens constritos), sendo esse último dado que deve prevalecer para decifrar o valor da causa da ação especial.

Dificuldade surge quando o valor do bem apreendido, utilizado como paradigma para a ação de embargos, superar em muito o objeto da própria ação principal, o que poderia obstar a utilização pelo terceiro do remédio jurídico em voga, sujeitando-o ao excessivo recolhimento de custas e demais encargos processuais, que redundariam na prática em impeço ao acesso à justiça, em desprestígio ao contido no art. 5º, inciso XXXV, da CF. Na tentativa de obviar a problemática, doutrinadores propugnam pela limitação do valor da causa nos embargos de terceiro.

Em artigo científico veiculado sobre o assunto, Gelson Amaro de Souza concluiu que o valor da ação de embargos de terceiro será sempre o do interesse a ser defendido em juízo. Ou seja, quando o valor dos bens apreendidos for igual ou inferior ao da execução, será utilizado como parâmetro a aquilatação daqueles. Por outro lado, quando a aferição monetária do bem penhorado for superior à execução, será considerado o valor desta ⁵⁰⁹.

Essa corrente contou com importante acolhida nas cortes superiores, valendo destacar as passagens a seguir:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE TERCEIRO – VALOR DA CAUSA – CORRESPONDÊNCIA DO VALOR DO BEM SOB CONSTRIÇÃO – Nos embargos de terceiro, o valor da causa deve

⁵⁰⁷ *Processo de Execução*, p. 370.

⁵⁰⁸ “EMBARGOS DE TERCEIRO – VALOR DA CAUSA – Nos embargos de terceiro, o valor da causa corresponde ao bem penhorado, não se admitindo a adoção daquele dado à execução, muito menos o valor venal, quando já devidamente avaliado.” (2º TACSP – AI 579.731-00/5 – 7ª C. – Rel. Juiz Willian Campos – j. 22.06.1999).

⁵⁰⁹ *Valor da Causa nos Embargos de Terceiro*, p. 258.

corresponder ao do bem objeto da constrição, não podendo exceder o valor do débito. Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido ⁵¹⁰.

EMBARGOS DE TERCEIRO. VALOR DA CAUSA. Sendo inegável que se deve ter como parâmetro o benefício patrimonial que se possa obter, o valor da causa corresponderá, em princípio, ao valor do bem. Não pode, entretanto, superar o valor do débito, na medida em que, no caso de eventual alienação judicial, o que ultrapassar esse valor será destinado ao embargante ⁵¹¹.

Não obstante os posicionamentos destacados acima façam menção específica ao valor da causa dos embargos de terceiro tirados contra atos de apreensão provenientes da execução forçada, podemos aplicar o mesmo raciocínio nos casos onde a constrição é realizada no bojo de processo de conhecimento e cautelar, ou mesmo em procedimentos especiais.

Pese a autonomia conferida aos embargos de terceiro, nunca é demais perder de vista que eles pressupõem, necessariamente, a existência de uma outra ação, onde a constrição indevida tenha sido determinada ⁵¹², sendo certo que, não raras vezes, em função de decisões tomadas no bojo dos embargos, o juiz terá de rever atos praticados no processo tido como principal⁵¹³, de forma que os dados deste não podem ser considerados completamente alheios ao campo de identificação dos elementos constitutivos daquele.

Se o valor da causa principal configura o proveito econômico esperado pelo seu autor, o que sobejar a isso, juridicamente falando, sequer dará ensejo aos atos de apreensão judicial e muito menos aos embargos de terceiro. O que ocorre, na realidade sensível, é que em face da indivisibilidade de determinados bens, e devido ao prévio desconhecimento do valor de mercado deles, a constrição acaba atingindo montante superior ao pedido da ação principal, mas essa situação é transitória, porquanto revertido o objeto da expropriação em dinheiro, o que transcender ao crédito não será destinado ao seu promovente.

Por outro lado, com o depósito em dinheiro do valor postulado na ação principal, o terceiro, sem maiores discussões, poderá obter a liberação dos bens constritos. Numa ação de cobrança em que sejam cautelarmente arrestados bens do terceiro, com valor de dezenas, ou mesmo de centenas de vezes maior que o crédito

⁵¹⁰ STJ – 1ª T. – REsp nº 323.384 / MG – Rel. Min. Garcia Vieira – j. 21.06.2001 – DJU 27.08.2001, p. 238.

⁵¹¹ STJ – 3ª T. – REsp nº 86.039 / SP – Rel. Min. Costa Leite – j. 16.12.1996 – DJU 03.03.1997, p. 4641.

⁵¹² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit. p. 131.

⁵¹³ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 301.

postulado pelo autor, pode acontecer que aquele, pretendendo se livrar de pronto dos embaraços patrimoniais decorrentes do demorado julgamento dos embargos, prefira cobrir o montante de débito, ao invés de embargar, ingressando após, caso lhe interesse, na via regressiva contra o réu do processo principal, por ser, exemplificadamente, o alienante do bem.

O valor da causa principal será suficiente para salvar o bem de terceiro da apreensão judicial indevida, por isso, utilizando a mesma linha de raciocínio, caso ele percorra a trilha da embargabilidade, deverá aquilatar a demanda nos exatos limites daquela ação.

O critério acima preconizado, qual seja, o de dar aos embargos de terceiro valor de causa correspondente ao dos bens constrictos, tomando como teto o valor da ação principal, contudo, não acarretará fácil acolhida, caso haja divergência entre as espécies de direito defendidas aqui e acolá. Araken de Assis alega que “essa diretriz serve aos embargos oferecidos pelo titular do domínio. Porém, qual o valor da posse? Ela não equivalerá, decerto, ao domínio pleno⁵¹⁴.”

Da mesma forma, Alcides de Mendonça Lima declara que o valor da causa correspondente ao do próprio bem, num caso em que não se discute a coisa em si mesma, mas mero direito sobre ela, tornando a causa inestimável, demonstra arbítrio do embargante (às vezes vislumbrando eventual locupletamento com as verbas de sucumbência), a ser questionado inclusive através da impugnação constante do art. 261, do CPC⁵¹⁵.

Pensando no caso de um mero possuidor, como, por exemplo, o locador de prédio comercial, reclamar mediante embargos unicamente seu direito de posse temporária sobre a coisa constricta, implicaria isso obstaculizar o acesso do Judiciário à outorga de valor à causa correspondente ao bem em disputa, ainda que dentro dos limites do débito cobrado na ação principal. Nesses casos particularíssimos, poderá ser atribuído outro valor aos embargos de terceiro, seja por simples estimativa, seja com vistas às regras especiais aplicáveis à hipótese por analogia, v.g., no exemplo acima, doze vezes o valor do aluguel mensal, nos termos do art. 58, inciso III, da Lei nº 8.245/91.

⁵¹⁴ *Manual da Execução*, p. 1.210.

⁵¹⁵ *Embargos de Terceiro – Curso nas Férias – Deferimento da Liminar – Ausência de Caução do Embargante – Documento Particular não Registrado – Ineficácia contra Terceiros – Valor da Causa e Honorários – Intimação do Advogado do Embargado*, p. 237.

7.3 – EFEITO SUSPENSIVO.

Dispõe o art. 1.052, do nosso Código de Processo Civil: “Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados.” No diploma de 1.939, pese a longevidade da compilação, a paralisação da ação principal não era obrigatória, somente sendo determinada se o juiz, após analisar sumariamente os motivos da instância, julgasse ser indispensável a medida (art. 708, § 1º). Vale acrescentar que não seria cabível o efeito suspensivo, se não se tratasse de embargo da totalidade dos bens litigiosos do terceiro (§ 2º)⁵¹⁶.

Na égide da compilação anterior, Luiz Ambra não aconselhava a outorga de efeito suspensivo aos embargos de terceiro em determinadas hipóteses, seja porque não versavam sobre a totalidade dos bens, seja porque não parecia razoável o acolhimento daqueles, o que determinava o prosseguimento da lide principal, inclusive quanto aos bens embargados⁵¹⁷.

Contudo, na redação originária do Código de Processo Civil de 1.973, tanto o recebimento dos embargos do devedor, quanto dos embargos de terceiro, sempre e necessariamente, possuíam o condão de paralisar o andamento do processo principal, com força no art. 791, inciso I (redação anterior à Lei nº 11.382/06) e art. 1.052, respectivamente, do diploma legal em testilha. Com a desvantagem de que a suspensão persistia (e ainda persiste) na segunda hipótese até o julgamento do recurso pelo colegiado⁵¹⁸e, na primeira, encerrava-se com a decisão do juízo monocrático, no caso de improcedência (art. 520, inciso V).

Efeito natural dos antigos embargos do devedor, verificável ainda hoje nos embargos de terceiro, a necessária concessão da suspensividade com respiradouro na lei processual, vinha sendo alvo de severas críticas por parte da doutrina pátria, em vista da utilização inadequada do instrumento de defesa para protelar o andamento do feito executivo e a realização da regra de direito substancial contida no título líquido, certo e exigível que embasa a execução.

⁵¹⁶ Luiz Ambra não aconselhava acolhimento de efeito suspensivo aos embargos de terceiro em determinadas hipóteses, seja porque não versavam sobre a totalidade dos bens, seja porque não aparecia razoável o acolhimento daqueles, o que determinava o prosseguimento da lide principal, inclusive quanto aos bens embargados. (*Dos Embargos de Terceiro*, p. 57).

⁵¹⁷ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 57.

⁵¹⁸ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 67.

Nessa época, Leonardo Greco salientou que o indiscriminado efeito suspensivo conferido aos embargos do devedor, "...pouco importando se a matéria alegada tem ou não razoável fundamentação, tem transformado a sua propositura em habitual instrumento procrastinatório ⁵¹⁹."

Visando combater a utilização dos embargos à execução como instrumento de chicana processual, a Lei nº 11.382/06 alterou substancialmente a questão dos efeitos do recebimento dessa ação, de sorte que, hodiernamente, "a regra é a não suspensividade e o prosseguimento da execução para satisfação dos interesses do credor ⁵²⁰."

Consoante decorre da redação do art. 739-A, do Código de Processo Civil, instituído pelo diploma acima mencionado, os embargos do devedor não mais terão efeito suspensivo (*caput*), podendo o juiz determinar a paralisação da execução, estando garantido o juízo, caso sejam relevantes os fundamentos dos embargos e o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (§ 1º).

Deixou de ser, assim, a suspensividade dos embargos do devedor efeito *ex lege* de seu recebimento, passando a se configurar eficácia *ope iudicis* ⁵²¹. Assim, ficará ao prudente critério do juiz sua concessão ou não, tudo a depender dos fundamentos da defesa do embargante e do risco concreto que o prosseguimento da execução possa acarretar ao executado.

Entretanto, embora os embargos de terceiro, na prática, também sejam utilizados como forma de procrastinar o andamento da ação principal, a reforma processual não teve a felicidade de lhe estender a regra da suspensividade **condicionada** a determinados critérios objetivos, a serem aferidos pelo juiz no caso concreto, permanecendo assim o efeito suspensivo *ex lege* de seu recebimento, o que perdurará, inclusive, até julgamento de eventual recurso, como tivemos oportunidade de alinhar acima.

Sinceramente, seria recomendável, *de lege ferenda*, a outorga de suspensão ao processo principal, derivada do recebimento dos embargos de terceiro, somente nos casos onde houvesse plausibilidade jurídica da argumentação do embargante, somada ao perigo de dano decorrente da demora no julgamento dos embargos,

⁵¹⁹ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 583-584.

⁵²⁰ FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*, p. 312.

⁵²¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.148.

porquanto tal postulado colaboraria em muito com a celeridade processual, tão almejada nas sucessivas reformas do processo civil.

Mesmo à revelia do ordenamento positivo em vigor, o doutrinador Luiz Felipe Silveira Difini proclama que o juiz, confrontando-se com os embargos de terceiro, deverá rejeitá-los liminarmente, **recebê-los sem sobrestar o processo principal**, ou acatá-los com atribuição do efeito suspensivo, sendo que a última hipótese somente ocorreria se a petição inicial estivesse em ordem, comprovada a condição de terceiro e a posse do embargante, em cognição sumária, documentalmente ou em face de audiência de justificação⁵²².

Já se decidiu pela ausência de suspensão da ação principal, caso tenha ocorrido fraude à execução, conforme se verifica do aresto abaixo coligido:

Embargos de terceiro. Art. 1.052 do Código de Processo Civil. Fraude de execução. Precedente da Corte. 1. Reconhecida judicialmente a fraude de execução, não se aplica o disposto no art. 1.052 do Código de Processo Civil, na linha de precedente desta Terceira Turma. 2. Recurso especial não conhecido⁵²³.

A orientação, contudo, vai de encontro ao comando do art. 1.052, do CPC, sendo rechaçada pela maioria da doutrina, inclusive por nós. Hamilton de Moraes e Barros, embora pondere a utilização do remédio jurídico de forma perniciosa, leciona no sentido de que:

Os embargos de terceiro, uma vez recebidos, vão importar na suspensão do processo principal, quando versarem sobre todos os bens, porque, é efeito do recebimento liminar dos embargos a litigiosidade desses bens, os quais, por isso, se tornam indisponíveis⁵²⁴.

Do mesmo modo, assegura Carlos Alberto Ortiz que a suspensão do processo principal, em razão do recebimento dos embargos de terceiro, não é faculdade conferida ao juiz, mas decorrência obrigatória do deferimento liminar da ação⁵²⁵. Todavia, se o litígio não disser respeito a todos os bens apreendidos judicialmente, “aquele bem ou aqueles bens que aos embargos de terceiro não interessam têm o prosseguimento do processo, indo-se até o fim⁵²⁶.”

⁵²² *Embargos de Terceiro*, p. 106.

⁵²³ STJ – 3ª T. – REsp 623407 / SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 04.08.2005 – DJU 24.10.2005, p. 312.

⁵²⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX, p. 310.

⁵²⁵ *Embargos de Terceiro*, p. 161. O autor se refere ao ‘deferimento liminar’ da ação no sentido do juízo positivo de admissibilidade da petição inicial, não significando a medida liminar tratada no art. 1.051, do Código de Processo Civil.

⁵²⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 92.

Ainda em casos de fraude à execução decretada nos autos principais, a nosso ver, deveriam os embargos de terceiro ser recebidos com a necessária paralisação da execução, uma vez que o reconhecimento da fraude fora dado em processo do qual o embargante não participou, não se sujeitando, portanto, aos efeitos da *res iudicata* ⁵²⁷, de modo que desse decisório não lhe pode advir consequência jurídica desfavorável, mormente se o terceiro alegar ter agido de boa-fé, pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Para o terceiro se beneficiar com a paralisação, ainda que parcial, do processo principal, será necessário que os embargos sejam efetivamente recebidos pela autoridade julgante (decisório positivo de admissibilidade), afigurando-se diversa a situação caso haja rejeição *in limine* da ação, oportunidade em que os autos originais prosseguirão sem maiores embaraços, mesmo que o embargante apele da sentença de indeferimento da petição inicial ⁵²⁸.

Durante o período de suspensão da ação principal, fica proscria a prática de quaisquer atos processuais, excetuados os considerados urgentes, que poderão ser realizados a fim de se evitar dano irreparável às partes (CPC, art. 266), cabendo ainda ao juiz, se necessário, ordenar providências cautelares na execução (art. 739 do mesmo estatuto), como o arresto de bens do executado que intenta dilapidar seu patrimônio, dificultando a garantia posterior do juízo em caso de procedência dos embargos do terceiro.

Relembre-se, por fim, que, no caso de embargos de terceiro opostos pelo cônjuge visando resguardar sua meação, incidindo ela sobre bens indivisíveis, ocorre o seguinte: o recebimento dos embargos não terá o condão de paralisar imediatamente a ação principal, uma vez que recaindo a constrição sobre coisas que não admitem cômoda divisão, a metade que cabe ao consorte será apurável somente após a alienação do bem em hasta pública (CPC, art. 655-B).

7.4 – LIMINAR.

7.4.1 – GENERALIDADES.

⁵²⁷ “A existência da coisa julgada com relação à ocorrência de fraude à execução só vincula as partes da relação processual pretérita, não atingindo terceiros de boa-fé, caso do banco embargado, que recebeu o imóvel em dação em pagamento.” (STJ – EDRESP 182760 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 16.12.2002).

⁵²⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*, p. 140.

Julgada suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos, determinando a expedição de mandado de manutenção ou de restituição de posse em favor do embargante (art. 1.051, princípio, do Código de Processo Civil). Embora o dispositivo silencie, a qualidade de terceiro do embargante também deverá ser sumariamente demonstrada para propiciar a concessão da medida *inaudita altera pars*.

O pedido de liminar formulado em embargos de terceiro não possui intenção de garantir o resultado do processo principal, por isso lhe falece o caráter de medida cautelar ⁵²⁹. Objetiva, pelo contrário, a obtenção de provimento mandamental (expedição de mandado de manutenção ou restituição em favor do embargante) que lhe confira exatamente a tutela almejada ao final da ação.

A decisão que concede a liminar requerida nos embargos de terceiro, dessa forma, tem natureza de tutela antecipatória, porque visa satisfazer desde logo o seu autor; no entanto, com requisitos especiais, já que não é necessária a comprovação da iminência de dano irreparável ou de difícil reparação ⁵³⁰. Contenta-se o legislador com a simples plausibilidade do direito invocado pelo embargante (posse, domínio ou direito sobre bens apreendidos), demonstrável mediante cognição sumária, desprezando-se a alegação de urgência da medida.

No tocante ao fato de ser a medida facultativa, entendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que o destinatário principal da norma em comento é o juiz, pois que deverá decidir de ofício a questão inerente à liminar, independentemente de pedido expresso do embargante; comprovados os requisitos exigidos pelo art. 1.051, do Código de Processo Civil, deve ser concedida a antecipação de tutela, tratando-se de ato vinculado à letra da lei ⁵³¹.

Referida postura, todavia, basta para violar o princípio da demanda que alicerça o direito processual pátrio ⁵³², segundo o qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte a requerer, nos casos pertinentes e nas formas legais (art. 2º, CPC). Pode ocorrer de não interessar ao embargante a obtenção de medida liminar, de resto contrária a seus anseios.

⁵²⁹ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 57.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 917.

⁵³¹ *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.227.

⁵³² Na lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva, “a compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito (*Curso de Processo Civil*, vol 1, p. 62).

Em certas ocasiões, a só outorga da suspensividade do processo principal bastará para atender a expectativa do embargante, que, por outro lado, com a concessão da tutela antecipada, terá de se sujeitar ao ônus de prestar caução da devolução dos bens com os respectivos rendimentos (art. 1.052, parte final do CPC), o que será desinteressante para a continuidade de suas atividades quotidianas. Decerto, ser-lhe-á lícito excluir da inicial de embargos o pedido de liminar nessa contingência, não cabendo ao julgador interferir na esfera privada daquele para agir *ex officio*.

Humberto Theodoro Júnior integra a mesma corrente de pensamento, pois em sua concepção declara que: "...a medida liminar é uma faculdade e não uma condição de procedibilidade na ação de embargos. O terceiro pode dispensá-la ou pode prosseguir no feito, para tentar melhor prova de sua posse ou direito, mesmo quando improcedente a justificação inicial ⁵³³." Eis o melhor entendimento, em face do princípio dispositivo.

Quanto à qualidade da prova necessária para concessão da medida liminar, não haverá de ser fundamentalmente robusta, sem deixar margem a dúvidas, mas meramente informativa, porquanto semelhante espécie de convicção somente será exigível na oportunidade de prolação da futura sentença de mérito ⁵³⁴. Contenta-se a lei, nesta fase, simplesmente com a prova sumária, decorrente de cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical ⁵³⁵.

Nesse teor já se pronunciou a jurisprudência:

EMBARGOS DE TERCEIRO – DEFERIMENTO LIMINAR – REQUISITOS PRESENTES – ART. 1.051 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – JUÍZO DE PLAUSIBILIDADE – A concessão da liminar nos embargos de terceiro prescinde de prova plena, sendo suficiente juízo de plausibilidade, porquanto a cognição na espécie é sumária ⁵³⁶.

Deferida ou negada a liminar postulada, porque decisão interlocutória, poderá o interessado questionar o comando mediante agravo ⁵³⁷, a ser manuseado exclusivamente na forma de instrumento, carecendo a parte de interesse recursal de

⁵³³ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 317. Pontes de Miranda, quanto aos embargos de terceiro, apregoa que: "se a prova não é suficiente para o recebimento *in limine*, nem por isso há rejeição *in limine*." (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 86).

⁵³⁴ No esboço de Hamilton de Moraes e Barros, a prova exigida para a concessão da liminar é tão somente uma prova informativa, porquanto nessa fase o julgador se satisfará com a mera plausibilidade do direito invocado pelo embargante (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, p. 307).

⁵³⁵ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 145.

⁵³⁶ TJMS – AG 2002.005235-3 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Atapôã da Costa Feliz – J. 29.10.2002.

⁵³⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.212.

combater a concessão ou não de tutela antecipada na modalidade de retenção⁵³⁸, já que a finalidade precípua das medidas liminares consiste no imediato conhecimento de seu objeto.

7.4.2 – AUDIÊNCIA PRELIMINAR.

Não dispondo o embargante de prova documental pré-constituída de sua posse e da qualidade de terceiro à lide donde surgiu o ato de aprisionamento judicial, ser-lhe-á facultado demonstrar tais peculiaridades em audiência de justificação designada pelo juiz (art. 1.050, § 1º, do Código de Processo Civil). Essa a razão, aliás, para constar do *caput* do dispositivo em testilha a exigência de rol de testemunhas na petição inicial dos embargos⁵³⁹, pois serão inquiridas em eventual audiência preliminar.

Controverte-se a doutrina sobre a necessidade de convocação do legitimado passivo para participar da audiência preliminar, uma vez que a lei silencia a respeito. E mais, uma vez comparecendo o embargado ao ato processual, discute-se a possibilidade de ele reperguntar as testemunhas arroladas pelo embargante e/ou levar outras para contrapor a prova deste.

Clóvis do Couto e Silva sustenta a desnecessidade de citação do embargado para comparecimento à audiência preliminar, porque essa pressupõe, tanto no atual CPC (art. 1.053) como no de 1.939 (art. 710), o recebimento efetivo dos embargos de terceiro, o que só ocorrerá depois do ato processual; mas se houver a citação do réu antes da audiência, nem por isso persistirá irregularidade, podendo o embargado comparecer, mas sem questionar as testemunhas do autor ou apresentar provas contrárias⁵⁴⁰.

Em sentido contrário, para Hamilton de Moraes e Barros, ressentindo a prova documental inicialmente oferecida pelo embargante, e caso ele não tenha se valido da justificação prévia (art. 861 e seguintes do CPC), poderá requerer ao juiz a designação da audiência preliminar, em que demonstrará sua posse através de

⁵³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1, p. 676. Ainda nesse sentido: “Não merece ser conhecido agravo retido contra decisão que não apreciou a liminar, por falta de interesse recursal.” (TJDF – APC 20000810019697 – DF – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira – DJU 21.08.2002 – p. 77).

⁵³⁹ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 105.

⁵⁴⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XI. Tomo II, p. 468.

testemunhos, estando, para isso, já citado o embargado, pois deverá comparecer ao ato processual que já é de instrução do processo ⁵⁴¹.

Defendendo a necessidade de citação do embargado, Luiz Felipe Silveira Difini invoca aplicação analógica da regra do art. 928, *caput*, do Código de Processo Civil, que se refere aos interditos possessórios, cuja disciplina guarda semelhança com os embargos de terceiro, inobstante existam diversidades significativas entre ambos os institutos⁵⁴². Apresentando-se o embargado à audiência preliminar, diz com propriedade Donald Armelin, dela poderá participar ativamente, reperguntando as testemunhas arroladas pelo embargante, sendo vedada, contudo, a produção de provas outras ⁵⁴³.

A questão, pelo que vemos, é nebulosa, mas advogamos que, por regra, deverá o embargado ser citado e intimado previamente para comparecer à audiência de justificação, se for o caso até para prestar depoimento pessoal, começando o prazo de resposta de dez dias (CPC, art. 1.053) a fluir a partir da realização do ato processual. Essa a postura mais consentânea com o magno princípio do contraditório, ponto cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional ⁵⁴⁴. Durante a audiência, permitido será ao embargado contraditar e reperguntar as testemunhas arroladas na inicial, mas não poderá trazer outros depoentes, sob pena de comprometimento da finalidade do ato e da sumariedade da cognição que lhe é peculiar.

Se a intimação do embargado para comparecimento em audiência preliminar, por outro lado, puder acarretar a ineficácia da antecipação de tutela pleiteada, será lícito ao juiz determinar, excepcionalmente, a realização do ato processual sem a participação do réu, aplicando-se por analogia a regra do art. 804, do Código de Processo Civil. A invocação da norma atinente às medidas cautelares para preencher a lacuna dos embargos de terceiro, deve-se à interligação estabelecida entre ambos os institutos, decorrente do art. 1.053, do diploma adjetivo.

Todavia, a faculdade de realização da audiência preliminar dos embargos de terceiro sem a presença do legitimado passivo, só deve ser exercitada quando inegável a urgência da medida e se as circunstâncias de fato evidenciarem que a

⁵⁴¹ Op. cit. p. 304.

⁵⁴² Op. cit. p. 113.

⁵⁴³ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 54.

⁵⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op. cit. p. 70.

citação do embargado poderá tornar inócua a providência preventiva ⁵⁴⁵, quer pela ausência de tempo hábil para promover a comunicação sem frustração do direito, quer pelo manifesto propósito dilatatório do réu.

7.4.3 – CAUÇÃO.

Deferidos liminarmente os embargos, com ou sem justificação prévia, será expedido em favor do embargante mandado de manutenção ou de restituição de posse, mas o terceiro não receberá os bens sem antes prestar caução de devolvê-los, futuramente, com os seus rendimentos, em caso de recolhimento de sentença de improcedência da ação especial. É o que extraímos dos termos do art. 1.051, do Código de Processo Civil.

Consoante leciona Pontes de Miranda: “...no caso de ser julgada improcedente a ação de embargos de terceiro, o embargante tem de restituir o bem e os seus frutos, - a que a caução segura ⁵⁴⁶.”

O texto do art. 1.051, do CPC, não dá margem a dúvidas, sendo que o arbitramento de caução ao embargante, para receber os bens judicialmente apreendidos, reivindicados na ação de embargos de terceiro, constitui imperativo legal e de não mera faculdade outorgada ao julgador, escapando dos limites da discricionariedade. Não cabe, assim, ao juiz, optar entre fixar ou não a caução, já que a norma é cogente ⁵⁴⁷.

Alcides de Mendonça Lima considera que o julgador haverá de cumprir, sempre e necessariamente, a exigência legal da caução a ser prestada pelo embargante, não autorizando ao último o levantamento da coisa sem maiores formalidades; somente depois de cumprida a contracautela, deve ser entregue o bem ao autor da ação de embargos de terceiro e, conseqüentemente, dada a oportunidade para o embargado contestar ⁵⁴⁸.

Há os que entendem que, na hipótese de não ser prestada a caução, ou por recalcitrância ou por impossibilidade econômica do embargante, deveria o bem

⁵⁴⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*, p. 136.

⁵⁴⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 91,

⁵⁴⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*, p. 140.

⁵⁴⁸ *Embargos de Terceiro – Curso nas Férias – Deferimento da Liminar – Ausência de Caução do Embargante – Documento Particular não Registrado – Ineficácia contra Terceiros – Valor da Causa e Honorários – Intimação do Advogado do Embargado*, p. 235.

objeto dos embargos ficar seqüestrado até o julgamento final⁵⁴⁹, caso em que o seqüestratário assumiria a posse imediata da coisa, assim como o encargo de depositário, sob as penas do ordenamento jurídico, v.g., prisão civil (art. 5º, inciso LXVII, parte final, da Constituição Federal).

Na jurisprudência já se alvitrou a imprescindibilidade da caução, sob pena do seqüestro da coisa, porquanto:

Se a caução prevista no art. 1.051 do CPC não é exigida ou não puder ser prestada pelo embargante, o objeto dos embargos de terceiro fica seqüestrado e quem o recebe assume o cargo de depositário judicial do bem, nos termos do art. 148 do CPC⁵⁵⁰.

A exigência da caução, contudo, será capaz de dificultar ou até de impedir o acesso do embargante à efetiva tutela jurisdicional, quando for hipossuficiente, situação que fez alguns doutrinadores aquilatarem que o juiz, avaliando a oportunidade e a necessidade da contracautela, poderá dispensá-la⁵⁵¹. “Caso contrário, o terceiro hipossuficiente que, nada obstante, sofreu ilegal e injusta agressão no seu patrimônio medíocre, restará impossibilitado de reaver a posse do bem⁵⁵².”

Pregamos, na verdade, que no caso de o embargante se tratar de indivíduo pobre, não caberá ao julgador simplesmente desprezar a caução para expedir o mandado de manutenção ou restituição, mas, sim, mitigar os rigores dela, contentando-se, por exemplo, com a nomeação do embargante na qualidade de depositário judicial dos bens disputados⁵⁵³ ou, ainda, aceitando garantia fidejussória de pessoas não tão abastadas economicamente (exatamente aquelas do ciclo de relacionamentos do autor), para assegurar a devolução dos rendimentos extraídos da coisa.

Sob outro ângulo, como o art. 1.051, do estatuto processual, somente previu a necessidade de caução para o recebimento dos bens disputados, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida apregoam que a

⁵⁴⁹ BARROS, Hamilton de Moraes e. Op. Cit. p. 307; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, p. 266.

⁵⁵⁰ STJ – 3ª T. - REsp 754.895 / MG – Relª. Minª. Nancy Andrighi – j. 25.09.2006 – DJU 09.10.2006, p. 291.

⁵⁵¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 1.212; PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 60.

⁵⁵² ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 1.212.

⁵⁵³ Admitindo a hipótese de depósito judicial dos bens embargados para obtenção da liminar: “EMBARGOS DE TERCEIRO. Caução. A caução exigida para a reintegração na posse pode ser substituída pelo depósito judicial do bem. Recurso conhecido e provido.” (STJ – 4ª T. – REsp 475.156 / SC – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 19.12.2002 – DJU 24.02.2003, p. 251).

caução só será exigível para a efetivação do mandado de reintegração, pois somente nessa hipótese o embargante abiscoita o bem; na hipótese de manutenção, a coisa já estaria em seu poder ⁵⁵⁴.

Outra é a exegese da norma. Pese o estatuto mencionar a prestação de caução para perceber os bens, na verdade, a medida garante não apenas a final entrega da coisa, mas também de seus frutos e rendimentos, de modo que doutrinamos ser necessária a contracautela tanto nas hipóteses de embargos de terceiro preventivos, como repressivos. Tais peculiaridades podem ser levadas em conta na hora de sopesar o *quantum* efetivo da caução.

A garantia exigida pelo estatuto processual pode ser real ou fidejussória ⁵⁵⁵, uma vez que a lei não faz distinção entre ambas, bastando que seja idônea, ainda que com os temperamentos decorrentes da capacidade econômica do embargante. Para Hamilton de Moraes e Barros, a caução será prestada em apenso, processando-se conforme disposto no art. 826 e seguintes, do CPC ⁵⁵⁶.

Não vemos razão para a caução ser realizada em autos distintos, podendo ser efetuada dentro dos próprios embargos de terceiro. Sobre a contracautela ofertada pelo autor será ouvido o embargado e, não havendo objeção séria, lavrar-se-á o competente termo. Todavia, havendo dissídio grave entre as partes, daí sim o incidente será processado em apenso, nos termos preconizados pelo art. 826 e seguintes, do diploma adjetivo ⁵⁵⁷.

7.5 – CITAÇÃO DO EMBARGADO.

Tendo em mente que os embargos de terceiro constituem ação autônoma, necessária se faz a convocação do embargado para compor a lide e, em assim querendo, apresentar sua competente resposta. Não há séria controvérsia quanto à espécie de comunicação processual do réu, assentando-se em nível doutrinário que será realizada através de fidedigna citação, não satisfazendo a simples intimação, ainda quando o embargado já se encontrar vinculado aos autos principais, como autor ou réu, o que sói ocorrer na prática.

⁵⁵⁴ *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 330. No sentido da dispensa de caução, em se tratando de embargos preventivos, quando inexistente prévio desapossamento. (ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 1.212).

⁵⁵⁵ FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 271.

⁵⁵⁶ Op. cit. p. 307.

⁵⁵⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 317.

Entretanto, pondera Renato Riotaro Takiguthi que não passam os embargos de terceiro de ação acessória, envolvendo o feito principal, não se justificando dessa forma a citação, porque o embargado já se encontra em juízo acompanhando o processo em que ocorreu o ato de aprisionamento, bastando por isso mera vista dos autos para realizar sua defesa ⁵⁵⁸.

O pensamento do autor, contudo, encontra-se vinculado ao estatuto processual civil de 1.939, época em que os embargos de terceiro não instauravam relação jurídica processual autônoma, tratando-se de ação acessória, situação diversa da experimentada contemporaneamente, de modo que “a citação inicial do embargado é de rigor, pois que de ação se trata ⁵⁵⁹.”

A celeuma principal reside na forma de citação do embargado, entendendo alguns que poderá se realizar na pessoa de seu patrono, já constituído nos autos principais, bastando para tanto mero comunicado realizado na imprensa oficial, ou no Diário de Justiça Eletrônico instituído pela Lei nº 11.419/06. Sem dúvida alguma, consistiria a medida em louvável economia, colaborando ainda com a aceleração da marcha do processo.

Na acepção de Humberto Theodoro Júnior, a lei não regula a forma de citação do réu, desse modo, a jurisprudência tende, por analogia, a admitir que a diligência citatória cumpra-se na pessoa do advogado que representa o embargado no processo principal ⁵⁶⁰. Acrescenta que:

De fato, não há razão para ser mais rigoroso com esta ação acessória do que com os embargos do devedor, com a reconvenção, com a oposição e com a habilitação, casos análogos de ações incidentais ou acessórias onde a lei se contenta com a citação ou intimação do procurador nos autos do processo principal (arts. 740, 316, 57 e 1.057, parágrafo único ⁵⁶¹).

Em nome dos princípios da instrumentalidade e da efetividade da jurisdição, Rogério Marrone de Castro Sampaio denota que não haverá óbice para o cumprimento do mandado citatório na pessoa do advogado do réu (devidamente estabelecido nos autos onde ocorrera a apreensão judicial impugnada), inclusive por meio de publicação no Diário Oficial, sendo de se ressaltar que o embargado é o maior interessado na rápida solução dos embargos de terceiro ⁵⁶².

⁵⁵⁸ *Instituições de Processo Civil*, p. 91.

⁵⁵⁹ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol IX, p. 311.

⁵⁶⁰ *Curso de Direito Processual*. Vol. III, p. 317.

⁵⁶¹ Idem. Semelhante o raciocínio de Theotônio Negrão (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 980).

⁵⁶² *Embargos de Terceiro*, p. 139.

Já se alvitrou nesse teor em nível jurisprudencial, valendo citar como exemplo o decisório abaixo impingido:

EMBARGOS DE TERCEIRO – Citação pessoal do embargado – Desnecessidade – Validade da intimação na pessoa do advogado. A natureza de simples incidente processual faz com que os embargos de terceiro dirijam-se sempre contra o requerente do ato de constrição judicial, de tal forma que normalmente estará ele representado por advogado. Tal circunstância, a exemplo do que ocorre nas hipóteses invocadas como paradigmas (oposição, reconvenção, et.), torna dispensável a citação pessoal do embargado, citação, aliás, que sequer a lei prevê expressamente ⁵⁶³.

Raciocínio adverso reside na obra de Alcides de Mendonça Lima, pois com os embargos de terceiro se forma um novo processo, de modo que o chamamento do embargado, equivalente ao réu de qualquer outra ação, terá de ser feito mediante citação, o que induz ciência direta às partes, por mandado, ou excepcionalmente por edital, mas nunca ao procurador ⁵⁶⁴. Note-se que o trabalho do mestre fora elaborado antes da Lei nº 8.710/93, motivo da omissão à citação postal.

Igualmente, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo prescreve que:

Não tendo o legislador previsto expressamente outra forma de citação para os embargos de terceiro, essa deve obedecer à regra geral, que é a citação postal. A interpretação analógica não poderia ser feita no caso, nem em nome dos princípios da instrumentalidade e da efetividade, pois, por se tratar de regra de exceção, deve vir expressa no texto legal ⁵⁶⁵.

Luiz Felipe Silveira Difini também relata que a regra no direito processual civil pátrio é a citação pessoal da parte, sendo os embargos de terceiro procedimento distinto da oposição, inadmitida a interpretação analógica; para que se dê ciência diretamente ao procurador do embargado, necessária a outorga de poderes especiais no instrumento de mandato ⁵⁶⁶.

Atualmente, é a orientação prevalecente nas Cortes Superiores, bem enfocando a questão o seguinte aresto:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CITAÇÃO PESSOAL DA EMBARGADA. NECESSIDADE. CITAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Esta Corte entende necessária a citação pessoal no processo de embargos de terceiro, não

⁵⁶³ 1º TACSP – 6ª Câmara – Apelação nº 308.002 – Rel. Juiz Nélon Altemani – j. 23.08.1983 – in. RT 578/142.

⁵⁶⁴ Op. cit. p. 237.

⁵⁶⁵ *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*, p. 59.

⁵⁶⁶ *Embargos de Terceiro*, p. 110.

sendo suficiente a citação feita na pessoa de um dos advogados da embargada. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido⁵⁶⁷.

Encontrando-se o embargado representado por procurador nos autos, a lógica indicaria no sentido de ser realizada a comunicação sobre a interposição dos embargos de terceiro diretamente ao último, passando a fluir o prazo de resposta de dez dias, a partir da data da publicação do despacho respectivo no diário oficial (impresso ou eletrônico). Seria necessário, contudo, que essa especial modalidade de citação na pessoa do advogado contasse com regra autorizadora explícita.

Ora, os embargos de terceiro constituem ação autônoma, cuja vinculação do legitimado passivo à lide se dará através das espécies regulares de citação que, de acordo com o estatuto processual pátrio, são cumpridas pessoalmente, seja por carta, por mandado, ou na pior das hipóteses por hora certa ou edital (art. 221, do Código de Processo Civil).

A reforçar a necessidade de citação pessoal, basta lembrar que, na consonância do art. 1.053, combinado com o art. 803, *caput*, do Código de Processo Civil, a ausência de resposta do embargado acarretará a presunção de veracidade dos fatos levantados em inicial pelo embargante. Não seria crível imputar ao réu os efeitos da revelia, tendo sido o mandado de citação cumprido na pessoa de seu advogado (sem poderes expressos), por interpretação extensiva, quando ele, embargado, não tomou conhecimento pessoal dos embargos de terceiro contra si intentados. Por tais razões, fica vedada a cientificação na pessoa do mandatário deste.

Se, mesmo comunicado irregularmente acerca dos termos dos embargos de terceiro, o embargado apresentar resposta, dar-se-á a figura do comparecimento espontâneo (art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil), que supre a nulidade da citação; se o embargado ingressar nos autos apenas para alegar a eiva da comunicação processual, será considerada efetiva a citação na data em que ele ou seu advogado tomar ciência do decreto de nulidade (§ 2 do mesmo dispositivo), começando a partir de então a correr o prazo para apresentar contestação.

7.6 – RESPOSTA.

⁵⁶⁷ STJ – 4ª T. – REsp 782889 / SP – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 12.12.05 – DJU 01.02.2006, p. 571.

7.6.1 – GENERALIDADES.

Citado pessoalmente o embargado, poderá ele apresentar contestação no prazo de dez dias (art. 1.053, do CPC). O marco inicial será contado de acordo com a regra do art. 241, do Código de Processo Civil ⁵⁶⁸⁻⁵⁶⁹, exceto se, da convocação inicial, constar a intimação para comparecimento em audiência preliminar, quando o termo começará a fluir a partir desta ⁵⁷⁰.

Havendo mais de um sujeito no pólo passivo dos embargos de terceiro, será o prazo de resposta contado em dobro, em sendo os litisconsortes representados por procuradores distintos, nos moldes preconizados pelo art. 191 do diploma instrumental civil.

Ao contestar os embargos de terceiro, deverá o embargado avocar em seu favor todas as matérias de defesa que lhe competir, sejam elas preliminares ou de mérito, sob pena de preclusão ⁵⁷¹ (princípio da eventualidade), tocando-lhe, ainda, o ônus da impugnação especificada (art. 302, do CPC). Caso contrário, serão considerados incontroversos os fatos levantados pelo embargante não contemplados na resposta, dispensada a dilação probatória desses (art. 334, inciso III).

Importante frisar, todavia, que o âmbito de resposta dos embargos de terceiro deve se cingir ao estrito objeto da ação especial, de cognição limitada, que diz respeito unicamente à manutenção ou não do ato de apreensão impugnado, não podendo o embargado ampliar subjetiva ou objetivamente a lide ⁵⁷², por exemplo, para denunciar o evictor e estabelecer sua obrigação de regresso, ou mesmo deduzir pretensão reparatória de danos contra o embargante ou outrem, móbil a ser procurado nas vias ordinárias competentes.

⁵⁶⁸ Comunga da opinião: PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol 4, p. 4.024.

⁵⁶⁹ Assim reza o art. 241 do CPC: “Começa a correr o prazo: I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento; II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido; III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido; IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida; V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz.”

⁵⁷⁰ MARTINS FILHO, Javert Prado. *Embargos de Terceiro*, p. 45.

⁵⁷¹ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Embargos de Terceiro*, p. 62.

⁵⁷² Contra, admitindo ampliação objetiva da lide dos embargos: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*, p. 105.

Araken de Assis situa que a resposta do embargado deverá incluir tudo quanto respeite à posse, ao direito real de garantia e, de modo geral, à oponibilidade, perante o embargado, do direito alegado pelo embargante para se furtar do ato de aprisionamento dos bens⁵⁷³. Evidentemente, questões dominiais poderão ser levantadas igualmente em contestação, porque se inserem no campo de atuação da petição inicial de embargos de terceiro (art. 1.046, § 1º, do CPC).

Conquanto o art. 1.053 faculte ao embargado contestar a lide, é de ser reconhecida a possibilidade de apresentação de exceção de suspeição ou de impedimento do juiz. José Horácio Cintra Gonçalves Pereira ainda coaduna com a interposição de exceção de incompetência⁵⁷⁴, com o que discordamos, haja vista que a competência do juízo do processo principal para conhecimento dos embargos de terceiro é absoluta e improrrogável (capítulo 5 da presente exposição). Qualquer violação nesse sentido deverá ser questionada em sede de preliminar de contestação (art. 301, inciso II, do CPC).

Quanto à reconvenção e à ação declaratória incidental, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo entende serem cabíveis em foro de embargos de terceiro, uma vez que defende a tese de que todas as partes do processo principal deverão ser citadas para compor o pólo passivo da ação especial, não havendo assim ampliação subjetiva da lide, imprimindo-se aos embargos, após a fase de contestação, o rito comum ordinário, o que obviaria a problemática da aceitação dessas figuras de resposta⁵⁷⁵.

Temos que a transformação dos embargos de terceiro, após apresentação de contestação, em rito ordinário, seria suficiente para negar vigência à parte final do art. 1.053, do estatuto processual, que manda expressamente aplicar as regras procedimentais compactas das medidas cautelares aos embargos, tudo é lógico com as limitações cognitivas que lhe são peculiares.

Por isso que a doutrina amplamente majoritária, com razão, repele o argumento. Clito Fornaciari Júnior que ressalta que “os embargos de terceiro não comportam a reconvenção porque a participação do embargado é bastante mitigada, somente se permitindo a ele impugnar pela manutenção do ato judicial atacado⁵⁷⁶.”

Ainda de forma mais ampla, Nelson Nery Júnior assim prega:

⁵⁷³ *Manual da Execução*, p. 1.219.

⁵⁷⁴ *Op. cit.* p. 139.

⁵⁷⁵ *Op. cit.* p. 107.

⁵⁷⁶ *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*.

Não se justificaria uma cognição com todas as nuances da do processo de conhecimento nesta ação restrita e incidental, dada a simplificada da matéria objeto do pedido feito nos embargos de terceiro. Daí não se admitir no bojo dos embargos de terceiro o ajuizamento de ação declaratória incidental nem a propositura de reconvenção⁵⁷⁷.

Assentou-se em sede de jurisprudência posicionamento análogo, valendo conferir esta citação:

EMBARGOS DE TERCEIRO – RECONVENÇÃO – DESCABIMENTO – Descabe reconvenção em embargos de terceiro, porque, estando em disputa a posse sobre determinada coisa, bastará a simples contestação aos embargos para que, a final, se a prova favorecer ao embargado, seja o direito possessório sobre aquele bem reconhecido em seu favor⁵⁷⁸.

Reconhecidamente, deporia contra a finalidade precípua dos embargos, de propiciar tutela expedita aos bens do terceiro que se encontram indevidamente ofendidos em processo corrente *inter alios*, a transformação dessa ação especial sumária em ronceiro procedimento ordinário, para se admitir a propositura de reconvenção ou ação declaratória incidental durante seu curso; se quiser defender direito diverso, ainda que conexo à lide, deverá o embargado procurar as vias processuais comuns, onde a amplitude cognitiva lhe oportunizará efetiva sustentação de qualquer matéria admitida no ordenamento jurídico.

Frise-se, contudo, que a relação jurídica controvertida, surgida no curso da lide, cuja veiculação fica proscria em sede de embargos de terceiro, é aquela em que as partes pedem sua declaração por sentença, conforme disposto no art. 5º, do Código de Processo Civil. Diversa será a solução, caso o embargado pretenda levantar a relação controvertida, v.g., a falsidade material do título traslativo de domínio apresentado pelo embargante, apenas como fundamento de defesa, *incidenter tantum*, sem a pretensão de alcance aos efeitos da coisa julgada.

Embora alguns doutrinadores preguem a necessidade de constar da resposta do requerido o rol de testemunhas que pretenderá ouvir durante eventual instrução probatória⁵⁷⁹, a lei não marca tal exigência, podendo o embargado arrolar os depoentes no prazo marcado juiz, ou em sua falta, até dez dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 407, do CPC).

⁵⁷⁷ *Fraude Contra Credores e os Embargos de Terceiro*, p. 91.

⁵⁷⁸ 2º TACSP – 4ª C. – AI 633.736-00/4 –Rel. Juiz Amaral Vieira – DOESP 10.11.2000.

⁵⁷⁹ Hamilton de Moraes e Barros fala que “se o embargado contestar, ao lado da prova documental que instruir sua resposta, apresentará, também, o rol de testemunhas. Assim o exige a igualdade processual e o equilíbrio do sistema.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX, p. 304).

Não importa tal posicionamento, absolutamente, em quebra de igualdade entre as partes, porquanto as testemunhas constantes do rol depositado junto à petição inicial destinam-se unicamente à oitiva em eventual audiência preliminar de que trata o art. 1.050, § 1º, do estatuto processual, podendo o embargante arrolar outras, igualmente no prazo do art. 407⁵⁸⁰, para serem ouvidas durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

7.6.1 – FRAUDE À EXECUÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDORES.

Calha analisar a possibilidade de o embargado invocar e, conseqüentemente, elidir, em sede de embargos de terceiro, eventual negócio fraudulento praticado entre o embargante e o devedor do processo principal, ou entre aquele e o adquirente sucessivo da *res*, devido ao limite cognitivo da ação especial.

No que concerne à fraude de execução, não remanescem maiores dissídios no cenário jurídico nacional quanto à facultatividade de seu reconhecimento em sede de embargos de terceiro, pois essa figura jurídica viciosa pode ser apreciada incidentalmente no próprio processo original, não demandando ação autônoma para tanto, sendo conveniente destacar que o estatuto processual civil sujeita expressamente os bens alienados ou gravados fraudulentamente à atividade executiva estatal (CPC, art. 592, inciso V).

Bem assevera José Horácio Cintra Gonçalves Pereira que a fraude de execução é instituto eminentemente processual, regido pelo direito público, punível penalmente com detenção de seis meses a dois anos ou multa (art. 179, do Código Penal), cuja configuração dispensa a prova da má-fé das partes envolvidas, reconhecível incidentalmente na execução, não reclamando ação própria para desconstituição do negócio fraudulento⁵⁸¹.

Pela alienação ou oneração de bens em fraude à execução, o negócio jurídico viciado não deixa de ser existente, tornando-se simplesmente ineficaz, isto é, muito embora válido entre alienante e adquirente, ou beneficiário, não produz efeitos

⁵⁸⁰ No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero declaram que: “Nada obsta que o embargante ofereça o rol em momento posterior, obedecido em qualquer caso o prazo mínimo de 10 (dez) dias antes da audiência de instrução (art. 407, CPC)”. (*Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*, p. 915).

⁵⁸¹ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 74.

em relação ao credor, que poderá executar a coisa regularmente, sendo sequer exigível a prova da *consilium fraudis*, haja vista que a fraude está *in re ipsa*⁵⁸².

Consoante leciona Alcides de Mendonça Lima, dois são os requisitos ou condições que revelam a fraude de execução: a) oportunidade da alienação ou oneração; b) efeitos quanto à situação econômico-financeira do devedor. A primeira, oportunidade, diz respeito à existência de um processo em curso contra o sujeito passivo da obrigação; já a segunda, efeitos, tem a ver com os reflexos dessa demanda, ou seja, há de ser capaz de reduzir o devedor à insolvência⁵⁸³.

Basta a demonstração de ambos os requisitos dantes mencionados, para que seja declarado ineficaz o negócio fraudulento, podendo tal matéria ser levada ao conhecimento do juiz mediante simples petição endereçada ao processo de execução; daí que, por maiores razões, a questão pode ser solvida com tranqüilidade no bojo dos embargos de terceiro. Não é necessária a prova da má-fé, nem da ciência do embargante sobre a existência de demanda em curso ou do risco da insolvência do devedor, uma vez que a lei se contenta com dados determinados e objetivos para configuração da fraude de execução.

Todavia, na acepção da doutrina e jurisprudência dominante, embora não se exija a má-fé do adquirente para ocorrer fraude de execução, poderá o terceiro livrar os bens cuja atividade material estatal lhes fora estendida, se alegar ter agido de boa-fé, o que em nossa opinião é presumida, devendo ser elidida mediante prova firmada pelo credor em sentido contrário, o que sói ocorrer com o registro da demanda ou constrição nos órgãos públicos competentes.

Na opinião de Eduardo Talamani e Elmar Tobias Talamani, salvo na hipótese em que a citação do alienante foi registrada no álbum imobiliário, é ônus do credor demonstrar que o adquirente de bens em fraude de execução tinha ciência da demanda capaz de tornar o primeiro insolvente, caso pretenda incluir o bem na esfera de responsabilidade patrimonial do processo principal⁵⁸⁴. Não sendo produzida prova nesse sentido, os embargos de terceiro tenderão à sentença de procedência.

Na mesma senda, ainda, Amílcar de Castro apregoa que o fato de não ter sido registrada, ou inscrita, a penhora, o arresto, o seqüestro, ou a citação:

⁵⁸² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Fraude de Execução*, p. 8.

⁵⁸³ *Fraude de Execução*, p. 41.

⁵⁸⁴ *Embargos de Terceiro – Requisitos para Caracterização de Fraude à Execução*, p. 242.

não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente tem a significação de ficar o exeqüente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exeqüente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução⁵⁸⁵.

Arremata, de forma bastante incisiva, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, dizendo que, nos casos onde inexistente registro, “a ineficácia da alienação ou oneração somente será reconhecida se o credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do seqüestro⁵⁸⁶”.

De modo mais ou menos amplo, é a tese que tem prevalecido nos meandros forenses, citando-se as seguintes passagens:

PROCESSUAL CIVIL – FRAUDE À EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE AÇÃO DE COBRANÇA – CPC, ART. 593, II – INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA – BOA-FÉ PRESUMIDA – EMBARGOS DE TERCEIRO – PROCEDÊNCIA – I. O Superior Tribunal de Justiça, ainda que relativamente a casos anteriores à Lei nº 8.953/94, hipótese dos autos, vem entendendo que não basta à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no Cartório competente. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial não conhecido⁵⁸⁷.

FRAUDE DE EXECUÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – BOA-FÉ – Não se reconhece a fraude de execução quando inexistente a inscrição da distribuição do processo de execução ou da penhora no registro imobiliário, e prova que o terceiro, que adquiriu o bem de outros que não os executados, sabia ou deveria saber do impedimento. Recurso conhecido em parte e provido⁵⁸⁸.

No entanto, provando o credor, seja pela inscrição do litígio ou da constrição nas repartições públicas competentes, ou mesmo pelos meios ordinários de convicção, que o embargante sabe ou deveria desconfiar da prática do negócio em fraude de execução, poderá obter reconhecimento da fraude nos próprios embargos, o que se dará automaticamente com o decisório de improcedência desses.

⁵⁸⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII, p. 87.

⁵⁸⁶ Op. cit. p. 11.

⁵⁸⁷ STJ – 4ª T. – REsp 103719 / SP – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 07.05.2001 – p. 144.

⁵⁸⁸ STJ – 4ª T. – REsp 248.323 / SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 28.08.2000 – p. 00091

Por conseguinte, ao ser citado para contestar os embargos de terceiro, caberá ao embargado alegar fraude de execução, caso pretenda incluir os bens do embargante nos limites da responsabilidade patrimonial da ação principal.

A controvérsia é mais aguda em se tratado de ato potencialmente praticado em fraude contra credores, porquanto se trata de instituto de direito privado, que acarreta mera anulabilidade ao negócio jurídico maculado, cuja desconstituição reclama ação própria que é pauliana, de natureza revocatória⁵⁸⁹, não sendo exigida a existência de demanda em curso contra o alienante, bastando que seja este insolvente ou o tenha se tornado por conta da alienação.

Para demonstração da fraude contra credores, necessária a configuração do *consilium fraudis*, ou seja, a ciência inequívoca por parte de ambos os contratantes de que do negócio jurídico tenha resultado a insolvência do devedor⁵⁹⁰, particularidade não verificada na fraude de execução, além do *eventus damni*, requisito objetivo que se configura no prejuízo acarretado ao credor decorrente da insolvabilidade do obrigado, ficando assim esvaziada a garantia da obrigação.

Ambos os partícipes do negócio jurídico praticado em fraude contra credores devem ser citados para a ação revocatória, que, como dito, deve ser veiculada pelas vias procedimentais próprias. Nem por isso parte da doutrina e jurisprudência tem retirado a possibilidade de alegação do vício em nível de contestação de embargos de terceiro.

Pontes de Miranda afirma que ao embargante cabe, nos embargos de terceiro, opor a fraude contra credores, a simulação e o dolo, enfim, tudo quanto se lhe permite no plano do direito material, deixando a entender, *mutatis mutandis*, que tal tese poderia ser apresentada pelo embargado em sede de resposta⁵⁹¹. Ficaria, assim, possibilitada a anulação do negócio viciado por meio dos embargos.

Por sua vez, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo é ainda mais explícito, ao afirmar que:

sendo possível a adoção do procedimento ordinário e estando todos os interessados presentes na relação processual dos embargos de terceiro, um ato jurídico havido em fraude contra credores poderia ser anulado por meio da sentença que julgasse uma reconvenção apresentada pelo credor embargado em face do embargante adquirente e credor executado⁵⁹².

⁵⁸⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*, p. 496.

⁵⁹⁰ REQUIÃO, Rubens. *Fraude contra Credores*, p. 45.

⁵⁹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV, p. 42.

⁵⁹² *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*, p. 141.

Referido entendimento, todavia, de plano, já esbarra na recomendação feita no tópico anterior, de não se admitir reconvenção no bojo dos embargos de terceiro, por depor contra a sumariedade da cognição e com o intuito do legislador de conferir remédio célere e eficaz ao terceiro, para liberar sem maiores delongas os bens integrantes de seu patrimônio, incluídos indevidamente no processo principal.

Curiosa, nesse tema, é a sugestão feita por Manoel Justino Bezerra Filho, no sentido de que o caminho mais seguro ao embargado seria apresentar contestação aos embargos de terceiro, com a alegação de fraude contra credores, distribuindo ao mesmo tempo, por dependência, ação pauliana, requerendo a instrução e decisão conjunta de ambas as ações⁵⁹³. Embora o raciocínio contenha relevante preocupação de cunho prático, cremos que seja impossível o apensamento propugnado pelo doutrinador, por refugiar ao espírito da lei, devido ao mesmo motivo que não se admite a reconvenção nos embargos.

Alguns arestos sustentaram a possibilidade de reconhecimento da fraude contra credores em nível de embargos de terceiro. Nesse sentido:

FRAUDE CONTRA CREDITORES. APRECIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSIBILIDADE. Revestindo-se de seriedade as alegações de *consilium fraudis* e do *eventus damni* afirmadas pelo credor embargado, a questão pode ser apreciada na via dos embargos de terceiro, sem necessidade de o credor ajuizar ação pauliana⁵⁹⁴.

Nada impede que se apure e se reconheça a fraude contra credores nos embargos de terceiro, desde que a sentença não desconstitua o negócio, mas só o declare ineficaz perante o credor embargante⁵⁹⁵.

Grassa a orientação, contudo, de que o reconhecimento e seqüente desconstituição de ato jurídico praticado em fraude contra credores escapam ao acanhado campo cognitivo dos embargos de terceiro. No raciocínio de Mário Aguiar Moura, ainda que se tenha em mente a valorização do caráter instrumental do processo, a orientação mais consentânea com os princípios processuais esgrimidos no tema é a que contraria a possibilidade de anulação do contrato em fraude contra credores por via dos embargos de terceiro⁵⁹⁶.

⁵⁹³ *Ação Pauliana e Embargos de Terceiro*, p. 34.

⁵⁹⁴ STJ – 4ª T. – REsp 5307-0 / RS – Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro – m.v. – j. 16.06.1992 – DJU 08.03.1993, p. 3.119.

⁵⁹⁵ 2º TACSP – Apelação 299.652 – Rel. Juiz Antônio Vilenilson – j. 18.02.1992. Apud. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 1.221.

⁵⁹⁶ *Fraude contra Credores e Embargos de Terceiro*, p. 27.

Inteligentes as ponderações de Humberto Theodoro Júnior acerca do tema, porquanto:

Ajuizados os embargos de terceiro, não seria possível ao credor invocar em singela contestação o que, pela lei, depende de anterior ação e sentença constitutiva. Daí que, inquestionavelmente, não cabe, sem quebra da sistemática do próprio tratamento legal da fraude, pretender solucionar semelhante conflito no campo acanhado dos embargos de terceiro⁵⁹⁷.

Nelson Nery Júnior, por sua vez, conclui que a fraude contra credores não pode ser reconhecida *incidenter tantum* na ação de embargos de terceiro, justificando que a fraude pauliana torna o ato passível de anulação, sendo que somente a nulidade pode ser argüida em sede de contestação⁵⁹⁸.

Após vacilação inicial da jurisprudência, hodiernamente, pacificou-se o entendimento esposado pela segunda corrente doutrinária, o que se pode verificar do teor da Súmula 195, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.”

Com efeito, embora não seja a orientação mais singela, seria impossível, sem considerável quebra de sistemática do direito positivo em vigor, em especial sem rompimento de princípios conceituais que norteiam os embargos de terceiro, como a sumariedade da cognição decorrente de assimilação das regras do processo cautelar, permitir o reconhecimento de fraude pauliana no curso dos embargos. Desse modo, a corrente que prevalece, atualmente, no Superior Tribunal de Justiça nos parece ser a mais adequada.

A fraude contra credores, além de ser apenas anulável, necessita, para sua desconstituição, da efetiva participação de todos os integrantes do negócio tido como viciado, ou até mesmo da cadeia completa de alienantes sucessivos da coisa, o que redundaria, caso se acolhesse sua ventilação em embargos de terceiro, em indesejável e imensurável ampliação subjetiva da lide.

Além do mais, a necessidade de ação própria para se anular o negócio jurídico praticado em fraude contra credores, demandaria reconvenção nos embargos de terceiro, com ulterior prosseguimento deles em moroso rito ordinário, contrariando o interesse manifestado pelo legislador de conferir remédio expedito ao

⁵⁹⁷ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 306

⁵⁹⁸ *Fraude contra Credores e os Embargos de Terceiro*, p. 98.

embargante para recuperar a posse ou direitos sobre o bem judicialmente apreendido em processo de que não faça parte.

Por isso, muito embora não seja a solução mais barata, como reconhece Humberto Theodoro Júnior ⁵⁹⁹, proclamamos que a anulação de ato jurídico praticado em fraude contra credores escape definitivamente do âmbito dos embargos de terceiro, ficando reservada à ação pauliana, com participação efetiva de todos os interessados e amplitude cognitiva que oportunize a identificação correta do *consilium fraudis* e do *eventus damni*.

Vale, enfim, ressaltar que a simulação, de acordo com o novo Código Civil (art. 167), deixou de ser mera causa de anulabilidade do negócio, alçando-se à categoria de nulidade insanável, reconhecível de ofício pelo julgador ⁶⁰⁰. Devido a isso, fica permitido ao embargado alegar a simulação do negócio jurídico (invocado como forma de proteção dos bens do embargante), por meio de contestação aos embargos de terceiro, facultando-se-lhe a realização de provas no sentido de suas alegações, sem a força da *res iudicata* acerca do defeito do ato jurídico.

7.7 – REVELIA.

Não contestados os embargos de terceiro no termo legalmente estatuído, será o embargado considerado revel, reputando-se verdadeiros os fatos articulados pelo embargante na inicial, assim como, correndo-se os prazos processuais independentemente de intimação do primeiro (CPC, arts. 319 e 322). A remessa, que o art. 1.053, do estatuto processual civil, comete ao art. 803 do mesmo diploma, cujo *caput* prescreve a aplicação dos efeitos da revelia ao réu que não responde a ação cautelar, faz surtir idêntico efeito aos embargos de terceiro.

Leciona Hamilton de Moraes e Barros que, se o embargado não contestar a ação, presumir-se-ão aceitos por ele, como verdadeiros, os fatos argüidos pelo embargante, caso em que não haverá necessidade de realização de audiência de instrução e julgamento, nem de colheita de prova do que seriam os fatos da defesa, devendo então o juiz decidir dentro de cinco dias ⁶⁰¹.

Coerentemente, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamani e Flávio Renato Correia de Almeida aludem que:

⁵⁹⁹ Op. cit. p. 306.

⁶⁰⁰ De acordo com Venosa: “Pelo novo Código, não há distinção entre simulação relativa e absoluta, havendo em ambos os casos a nulidade do negócio simulado”. (op. cit. p. 485).

⁶⁰¹ Op. cit. p. 312.

Diferentemente do que pode ocorrer, em parte, nos embargos do devedor, o título executivo em nada serve para afastar a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial e não contestados. A ocorrência dos efeitos da revelia, de resto, é legalmente prevista (art. 1.503 c/c o art. 803)⁶⁰².

A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor dos embargos de terceiro, contudo, como sói ocorrer nas demais espécies de ações, é relativa, não ficando o juiz vinculado à aceitação pura e simples de fatos inverossímeis, notoriamente inverídicos ou incompatíveis com os próprios elementos de convicção colacionados à petição inicial, somente porque ocorreu a revelia⁶⁰³. Já ponderou nesse teor a corte infraconstitucional:

Direito Processual Civil. Embargos de terceiro. Revelia. Presunção relativa da veracidade dos fatos alegados na inicial. Fraude à execução. Recurso especial. Reexame de prova. Ausência de prequestionamento dos dispositivos tidos por violados. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Agravo regimental desprovido⁶⁰⁴.

Aplicada a pena da revelia, embora ela não conduza necessariamente ao julgamento antecipado da lide, muito menos ao sentenciamento de procedência em favor do embargante⁶⁰⁵, dificilmente remanescerá carência de dilação probatória, devendo então o juiz decidir o feito dentro de cinco dias. Caso contrário, poderá determinar a realização de audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 1.053 c/c 803, parágrafo único).

7.8 – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Findo o prazo de apresentação de resposta do embargado, processam-se os embargos de terceiro na conformidade do art. 803, do Código de Processo Civil, respeitante às medidas cautelares. Assim, não ocorrendo os efeitos da revelia, vistos no tópico acima, o juiz sentenciará no prazo de cinco dias, previsto no *caput* desse dispositivo, caso a matéria tratada nos autos seja unicamente de direito, ou se for de fato e direito, não houver necessidade de produção de provas outras (art. 330, inciso II, do CPC).

Carecendo o feito de dilação probatória, por não bastar à formação da convicção do juiz os elementos já constantes dos autos, designar-se-á audiência de

⁶⁰² *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2, p. 330-331.

⁶⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 98.

⁶⁰⁴ STJ – 3ª T. – AgRg no Ag 391211 / SP – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 30.04.2002 – DJU 03.06.2002, p. 203.

⁶⁰⁵ PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Dos Embargos de Terceiro*, p. 62.

instrução e julgamento, finda a qual será prolatada a sentença, de plano, ou no mesmo prazo de cinco dias, caso o julgador não se sinta preparado a decidir no ato, como sói ocorrer com as medidas cautelares. Se houver necessidade de prova pericial, esta deverá ser realizada antes da audiência de instrução e julgamento, conforme se deflui da interpretação da regra do art. 435, do Código de Processo Civil, que possibilita os esclarecimentos do experto sobre o trabalho técnico durante referida audiência.

A opção feita pelo legislador processual, de basear a fase de instrução dos embargos de terceiro nas regras do processo cautelar ⁶⁰⁶, enquanto outras modalidades de procedimento especial adotam o rito ordinário, na falta de regras próprias, como acontece nos interditos possessórios (art. 931), na ação monitória (art. 1.102c, § 2º), na ação de depósito (art. 903) e nas vendas a crédito com reserva de domínio (art. 1.071, § 4º), dentre outras, demonstra autêntica preocupação em conferir celeridade ao remédio do terceiro. Mais que isso, deixa patente a sumariedade da cognição que envolve os embargos, de modo a não impedir a rediscussão dos direitos das partes envolvidas em ações petitórias futuras.

A cognição sumária caracteriza-se por ser superficial, menos aprofundada no sentido vertical ⁶⁰⁷, não sendo exigível um exame pleno do direito material do interessado ⁶⁰⁸, contentando-se a lei, por regra, com a plausibilidade de suas alegações. A sumariedade da cognição repercutirá na formação da coisa julgada material, que se cingirá aos limites das questões decididas, no caso dos embargos de terceiro, à inclusão ou exclusão da coisa no campo de atuação concreta do processo principal, tão só.

Quanto a essa particularidade, o professor Enrico Tullio Liebman declara que “os embargos de terceiro dão, portanto, lugar a cognição sumária (CPC, art. 710 [art. 1.053]), e a decisão não prejudica definitivamente os direitos do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-los em processo ordinário ⁶⁰⁹.”

Segue-se à instrução dos embargos de terceiro a prolação de sentença, a qual poderá ser combatida no prazo legal, conforme teremos oportunidade de analisar adiante.

⁶⁰⁶ *Ad instar* do que ocorre com a ação de nunciação de obra nova, que agasalha as regras do processo cautelar (art. 939, do CPC).

⁶⁰⁷ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 145.

⁶⁰⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*, p. 73.

⁶⁰⁹ *Processo de Execução*, p. 111.

7.9 – SENTENÇA E RECURSOS.

Declinado com precisão por Gerson Fischmann que os embargos de terceiro, originariamente, eram tratados como um incidente da execução, evoluindo-se o instituto para admiti-lo em qualquer processo ⁶¹⁰. Assim, consoante sobejamente narrado no transcorrer do presente trabalho, dúvidas não pairam de que os embargos ostentam o qualificativo de ação autônoma, de modo que a decisão judicial, que os encerram, seja para resolver o mérito ou não, trata-se de fidedigna sentença, a ser combatida pelo recurso de apelação (art. 513, do CPC).

Ainda que não haja apelação, observa José Antônio Além que, se a Fazenda Pública for parte nos embargos de terceiro, sendo a decisão final da lide contrária a seus interesses, aplica-se o recurso de ofício previsto no art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil ⁶¹¹, não transitando em julgado o comando antes de reapreciação da causa pelo Tribunal competente, o que somente ocorrerá em sendo o valor do direito controvertido superior a sessenta vezes o salário mínimo nacional (§ 2º do mesmo dispositivo).

Há dissenso doutrinário quanto aos efeitos em que é recebido o recurso tirado contra sentença proferida nos embargos de terceiro, pugnando alguns pela mera devolutividade, no caso de improcedência da ação especial. Para Humberto Theodoro Júnior: “A decisão que julga os embargos de terceiro põe fim a um processo incidente, mas de objeto próprio: é sentença (art. 162, § 1º). Desafia, portanto, apelação (art. 513), que terá apenas efeito devolutivo no caso de improcedência (art. 520, nº V) ⁶¹².”

Tratando-se de embargos de terceiro opostos no âmbito do processo de execução, José Ysnaldo Alves Paulo verbaliza que, embora o legislador não tenha explicitado, da sentença que os julga: se improcedentes, não há porque atribuir duplo efeito ao apelo tirado, persistindo apenas a devolução; se procedentes, devem ser reconhecidos os efeitos suspensivo e devolutivo, mas somente no tocante aos

⁶¹⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 14, p. 215.

⁶¹¹ *Embargos de Terceiro*, p. 30. O autor se refere, contudo, incorretamente, ao inciso II, do art. 475, que trata das decisões desfavoráveis à Fazenda proferidas em embargos à execução.

⁶¹² *Processo de Execução*, p. 371. No mesmo sentido: DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 126.

bens constantes da petição inicial de embargos, permanecendo incólume a execução quanto aos demais ⁶¹³.

Reconhecendo que a paralisação acarretada aos autos principais, com o recebimento dos embargos, perdura até a prolação de sentença nesses, deixando a entender que não abrange o recurso de apelação ventilado, já se decidiu o quanto segue:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. LIMITE TEMPORAL. 1. Os embargos de terceiro, consoante dicção do art. 1.052 do cpc, suspendem o curso da ação principal quando versarem sobre todos os bens, perdurando esta paralisação ate ser proferida sentença nos embargos. 2. Recurso especial conhecido e provido ⁶¹⁴.

Contrariando tal exegese, porque a regra do art. 520, inciso V, do Código de Processo Civil deve ser interpretada restritivamente, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira entende que a apelação tirada contra decisão de improcedência dos embargos de terceiro deve ser recebida, necessariamente, no duplo efeito devolutivo e suspensivo ⁶¹⁵.

Theotônio Negrão também adere à interpretação restritiva da disposição, argüindo que: “rejeitados os embargos de terceiro pelo mérito, a apelação deve ser recebida em ambos os efeitos, impedindo, nos termos do art. 1.052, o prosseguimento do processo principal quanto ao bem objeto dos embargos ⁶¹⁶.”

Tem-se admitido em sede jurisprudencial, de outro lado, que a apelação tirada contra sentença que julga os embargos de terceiro deve ser recebida também no efeito suspensivo. Nesse sentido:

FRAUDE DE EXECUÇÃO. PENHORA. FALTA DE REGISTRO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. O TERCEIRO ADQUIRENTE, QUE ALEGA BOA-FÉ, PODE PROTEGER A SUA POSSE ATRAVES DE EMBARGOS DE TERCEIRO, ATE FICAR PROVADO QUE A SUA AQUISIÇÃO, EFETUADA DEPOIS DA PENHORA NÃO REGISTRADA, CONSTITUIU UMA DAS HIPOTHESES DE INEFICACIA DO ATO. DISTINÇÕES QUE DEVEM SER FEITAS. PRECEDENTES. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO INTERPOSTA DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO DE EMBARGOS ⁶¹⁷.

⁶¹³ *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*, p. 88.

⁶¹⁴ STJ – 3ª T. – REsp 57.750 / SP – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 26.11.

⁶¹⁵ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 67.

⁶¹⁶ *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, p. 599. É a conclusão a que chega Marcus Vinícius Rios Gonçalves, ainda em caso de improcedência dos embargos de terceiro (*Procedimentos Especiais*, p. 140).

⁶¹⁷ STJ – 4ª T. – RMS 7229 / SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 08.10.1996 – DJU 11.11.1996, p. 43.712.

Reconhecemos que a matéria é controversa. De fato, a melhor razão consistiria em conferir ao recurso de apelação extraído contra decisório definitivo dos embargos de terceiro, seja no caso de procedência, seja improcedência, apenas o efeito devolutivo, uma vez que a própria lei perfilhou a necessidade dos embargos como instrumento expedito para a defesa e liberação dos direitos e bens ilegítimamente incluídos em processo *inter alios*, mandando aplicar a eles as regras procedimentais das medidas cautelares, com a sumariedade da cognição que lhe é peculiar.

No tocante ao processo cautelar, há regra expressa outorgando apenas efeito devolutivo ao apelo extraído (art. 520, inciso IV), independentemente do teor da sentença. Isso ocorre devido à urgência ínsita à ação e à medida cautelar⁶¹⁸, a reclamar imediata atuação prática da tutela jurisdicional, independentemente do trânsito em julgado do comando.

Ora, a decisão final tomada em embargos de terceiro igualmente requer urgência em sua efetivação. No caso de procedência, caso o embargante não tenha recolhido juízo liminar favorável, o apelo terá o condão de suspender a sentença, permanecendo o autor despido da posse do bem ao menos até julgamento do recurso pelo colegiado; ainda que tenha sido beneficiado com a antecipação de tutela, a suspensividade da apelação acarretará prejuízos ao embargante, que não restará *incontinenti* liberado da caução prestada para receber a coisa, podendo ver embaraçadas suas atividades quotidianas pela continuidade da contracautela real ou fidejussória. Em sendo de improcedência o juízo final dos embargos, o embargado também possui inegável interesse em ver a coisa logo incluída no processo principal, o que restará prejudicado pelo recebimento da apelação no duplo efeito.

Seria, assim, recomendável, que a lei outorgasse a devolução à apelação extraída de decisões preferidas em nível de embargos de terceiro. Mas isso dependeria de norma expressa, pois a suspensividade é a regra do art. 520, do CPC, não podendo ser interpretada extensivamente as hipóteses de recebimento do recurso somente no efeito devolutivo, por implicar limitações ao direito do recorrente

⁶¹⁹.

⁶¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, p. 868.

⁶¹⁹ Nesse aspecto, salientam com propriedade Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “somente quando a lei expressamente dispuser em sentido contrário é que a apelação deverá ser

Dessa forma, cremos que o apelo deva ser necessariamente recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Ainda na hipótese de rejeição liminar dos embargos de terceiro, o duplo efeito deverá ser atribuído ao recurso extraído contra a sentença terminativa. Todavia, nesse caso, a suspensão somente dirá respeito ao teor da decisão guerreada, que não produzirá desde logo a autoridade de *res iudicata*, impedindo, por exemplo, a ocorrência da perda da faculdade de embargar, não possuindo o condão de sobrestar o processo principal, uma vez que tal providência apenas ocorrerá em se tratando de despacho positivo de admissibilidade da ação especial.

Giza com autoridade, no mesmo sentido, Theotônio Negrão, argumentando que “a apelação interposta em embargos de terceiro rejeitados liminarmente tem efeito suspensivo quanto ao que neles foi julgado, mas não impede o andamento da execução na ação principal.”⁶²⁰”

É o que ficou decidido no aresto abaixo transcrito:

EMBARGOS DE TERCEIRO. APELAÇÃO. AINDA QUE SE ADMITA EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE REJEITE LIMINARMENTE EMBARGOS DE TERCEIRO, TAL EFEITO NÃO ALCANÇA A EXECUÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO DENEGADO. UNÂNIME⁶²¹.

Contra, entendendo que a apelação tirada de sentença que rejeita liminarmente os embargos de terceiro deve ser recebida em ambos os efeitos, com a suspensão do processo de execução:

EMBARGOS DE TERCEIRO – Rejeição liminar ou julgamento improcedente – Interposição de recurso que deve ser recebido com duplo efeito – Suspensão do processo principal até transitar em julgado a sentença neste proferida ou autorizada a execução provisória – Interpretação do art. 1.052 do CPC⁶²².

Urge ressaltar, porém, que a apelação extraída de sentença terminativa dos embargos de terceiro, terá o condão de manter sobrestado o processo principal, no caso de ter havido inicialmente decisório positivo de admissibilidade, nos termos do art. 1.052, do CPC, sendo decretada a extinção da ação sem resolução de mérito, somente após regular instrução dos embargos. É o que se dá, exemplificadamente,

recebida apenas no efeito devolutivo. Por ser matéria de restrição de direitos, a exceção mencionada na segunda parte do *caput* deve ser interpretada de forma estrita”. (ibidem, p. 867).

⁶²⁰ Op. cit. p. 598.

⁶²¹ STJ – 4ª T. – RMS 3.776-2 / SP – rel. Min. Fontes de Alencar – j. 13.06.1994 – DJU 28.08.1995, p. 26.626.

⁶²² 1º TACSP – 4ª Câmara – AI 823.037-1 – Rel. Juiz Oséas Davi Viana – j. 25.11.1998. in RT 766/274.

na hipótese de o juiz se convencer da ilegitimidade ativa do embargante apenas ao final da demanda veiculada.

Pondere-se, alfim, que, mesmo tendo havido sentença terminativa em primeira instância, o Tribunal competente poderá, em caso de eventual procedência do apelo do embargante, analisar diretamente o mérito dos embargos de terceiro, se a causa estiver em condições de comportar imediato julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do estatuto processual civil. E tal postura não implica vulneração ao princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto há décadas o mestre Enrico Tullio Liebman assim já pregava: “O princípio do duplo grau exige que o mérito da causa possa ser apreciado e julgado - ‘no seu conjunto’ – duas vezes por juízes diversos, não, porém, que todas as questões discutidas, e cada uma delas, sejam decididas duas vezes sucessivamente ⁶²³.”

7.10 – SUCUMBÊNCIA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

Corolário do princípio da sucumbência que vigora em nosso processo civil, a parte vencida na lide, além de se sujeitar ao comando principal contido na sentença (condenação, declaração, constituição, execução ou mandamento), deverá arcar com despesas processuais e honorários advocatícios, estes destinados ao patrono do *ex adverso*, que em nossa legislação processual civil gravitam entre o importe de dez e vinte por cento sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), salvo nos casos de fixação eqüitativa pelo Magistrado (§ 4º do mesmo dispositivo).

Consoante se denota da retilínea lição do juriconsulto Moacyr Amaral Santos: “A sentença, qualquer que seja a sua natureza – meramente declaratória, constitutiva ou condenatória -, condenará o vencido naquelas despesas e honorários, ainda que o vencedor, autor ou réu, não haja formulado pedido nesse sentido ⁶²⁴.”

Anota Yussef Said Cahali, com esquete na lição de Chiovenda, que o direito deve ser reconhecido como se o fosse no momento da ação ou da omissão:

Tudo o que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao titular do direito ‘questo non soffra detrimento dal giudizio’. Este princípio vale tanto quando o bem jurídico é

⁶²³ *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 125.

⁶²⁴ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º vol.

reconhecido em favor do autor, na sentença de procedência, como em favor do réu, na sentença de rejeição da demanda ⁶²⁵.

Para o mestre em questão, então, seria o fundamento da condenação do vencido em honorários advocatícios, evitar deterioração do patrimônio do lesado que, para fazer valer seus direitos em juízo, necessita contratar serviços de causídico para suscitar sua pretensão resistida, o que lhe gera considerável desembolso.

A superveniência do Estatuto da OAB de 1994, através da Lei nº 8.906 daquele ano, esvaziou a justificativa ministrada por Chiovenda para o direito de condenação do vencido por honorários advocatícios (prevenir depreciação da fortuna do lesado), uma vez que nos termos do art. 22 e 23 de tal diploma legal, os honorários de sucumbência, assim como os convencionais, pertencem com exclusividade ao causídico e não à parte litigante.

Contudo, ao que parece, a novel legislação substancial civil, resgatou a idéia de recomposição patrimonial do lesado, ao prever que o devedor responde pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e **honorários de advogado** (CC 2002, art. 394) ⁶²⁶.

Quanto aos embargos de terceiro, sendo ação autônoma, encerrável mediante sentença, quer de procedência, quer improcedência, deverá o comando derradeiro compelir o sucumbente ao pagamento das custas e demais despesas processuais, além de honorários de advogado ao vencedor. Na hipótese de decisório de improcedência dos embargos, na acepção de Araken de Assis, o processo principal retomará seu *iter* normal, surgindo a condenação do embargante às verbas de sucumbência, que serão fixadas na sentença ⁶²⁷.

O dissídio reside, na verdade, em hipóteses de procedência da ação de embargos de terceiro, uma vez que o requerente do processo principal, embora deva figurar necessariamente no pólo passivo daqueles, nem sempre teve culpa, ou mesmo deu causa ao ato de constrição judicial, mormente em se tratando de arresto

⁶²⁵ cf. CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*, p. 36.

⁶²⁶ Noutros dispositivos, a legislação material também faz referência ao ressarcimento do devedor por aludida verba: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e **honorários de advogado**, sem prejuízo da pena convencional.” – grifo nosso (CC. art. 404, *caput*). Idêntica idéia vem estabelecida no art. 389, do mesmo *codex*.

⁶²⁷ *Manual da Execução*, p. 1.223.

ou penhora efetuados por iniciativa única do Oficial de Justiça, com as quais muitas vezes o embargado sequer aquiesceu, pelo contrário, se soubesse previamente do reclamo do embargante, tenderia a solicitar a liberação dos bens.

Para obviar problemas como esse e, até mesmo, evitar embargos de terceiro desnecessários ou inúteis, Humberto Theodoro Júnior entende ser recomendável, *de lege ferenda*, condicionar o manejo desse remédio a um prévio pedido de liberação de bens, formulado através de mera petição endereçada aos autos principais, sendo que, somente em caso de discordância da parte interessada, é que estaria o terceiro legitimado a embargar.⁶²⁸ Todavia, tal exigência, apesar de louvável, não consta da lei, contentando-se o art. 1.046, do CPC, com o mero esbulho ou turbação dos bens daquele que não é parte no processo.

Diante da real possibilidade de o embargado não ter dado causa ao ato de constrição, Pedro Madalena pondera que “condenar o embargado a pagar custas e honorários, só pelo simples fato de o pedido ser procedente, é acolher a frieza da lei reza pelo art. 20 do diploma codificado e desprezar os sãos princípios de justiça ⁶²⁹.” Assim, para ele: “...deve o juiz ter muita cautela na aplicação do princípio da sucumbência, em ações de embargos de terceiro, já que, nem sempre, o embargado age com culpa de modo a causar prejuízo ao embargante ⁶³⁰.”

Na lição de Ernane Fidélis dos Santos, se o interessado não tiver qualquer participação no ato de apreensão levado a cabo pelo Oficial de Justiça (como no caso de penhora ou arresto onde o exequente não indicou precisamente os bens a serem constritos) e também não contestar ação, não ficará sujeito ao ônus da sucumbência, que ficará a cargo do Estado, mediante apuração em ação própria ⁶³¹.

Humberto Theodoro Júnior, de igual forma, reconhece que se a penhora for realizada apenas por iniciativa do meirinho, sem nomeação ou mesmo ciência direta do embargado e este, tão logo tome conhecimento dos embargos de terceiro, reconheça o direito do embargante, requerendo o levantamento da constrição, ficará imune aos efeitos da sucumbência ⁶³².

⁶²⁸ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 401. Zaiden Geraige Neto apregoa ser interessante ao terceiro ingressar no processo principal, dependendo de sua fase, através de simples petição, devidamente fundamentada e acompanhada de documentos, para requerer a liberação sumária do bem, antes de embargar. (*Os Embargos de Terceiro e seu Alcance Tutelar*, p. 88).

⁶²⁹ *Embargos de Terceiro – Sucumbência – Inexistência de culpa do credor*, p. 247.

⁶³⁰ *Idem*.

⁶³¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 3, p. 124.

⁶³² *Op. cit.* p. 401.

Decerto, em se tratando de penhora efetuada unicamente por iniciativa de Oficial de Justiça, onde o embargado não deu causa à constrição indevida, já se decidiu o seguinte:

PENHORA SOBRE BENS DE TERCEIRO, POR INICIATIVA DO OFICIAL DE JUSTIÇA. PROCEDENCIA DOS EMBARGOS. HONORARIOS ADVOCATICIOS. POR ELES NÃO RESPONDE O EMBARGADO, A MÍNGUA DE OBJETIVA DERROTA, OU PORQUE, EM TAL ESPECIE, NÃO DA CAUSA AO PROCESSO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELO DISSIDIO, MAS NÃO PROVIDO ⁶³³.

Entendimento diverso abraça Araken de Assis, para quem, na hipótese de penhora realizada por Oficial de Justiça, ainda que sem a aparente participação do exeqüente, este responderá pela sucumbência, pois é no seu interesse, e presumivelmente sob sua fiscalização, que o meirinho realizou a constrição sobre o bem de terceiro ⁶³⁴.

Para José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, a execução se efetua em proveito do credor (art. 612, CPC) e, por sua conta e risco, cabendo a ele vigiar a atividade do auxiliar do juízo na efetivação da penhora ou de qualquer outra medida que vise garantir pretensão sua ⁶³⁵. Dá a entender, assim, que, no caso da constrição afetar bens de terceiro, o embargado haverá de arcar com as verbas sucumbenciais.

Hodiernamente, a Superior Tribunal de Justiça desconsiderou o critério de culpa do(s) embargado(s) para aferir se deverá(ão) responder pelos encargos de sucumbência, adotando, ao revés, o princípio da causalidade, conforme ficou bem estampado na Súmula 303, daquela corte, neste teor: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.”

Assim, se o credor deu causa à constrição indevida, seja por incluir o bem do terceiro no processo principal, ou pela incorreta fiscalização das atividades do meirinho na apreensão de bens para garantia do juízo executivo, deverá arcar com os encargos de sucumbência decorrentes da derrota obtida em sede de embargos de terceiro, máxime tendo contestado a ação e/ou discordado com o pedido de liberação formulado pelo terceiro na ação originária. Nunca se deve perder de vista a regra do art. 612, do Código de Processo Civil, de que a execução é instaurada no

⁶³³ STJ – 3º T. – REsp 45727 / MG – Rel. Min. Nilson Naves – j. 28.11.1994 – DJU 13.02.1995, p. 2237.

⁶³⁴ Op. cit. p. 1.222.

⁶³⁵ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 68.

interesse do credor, sendo na maioria dos casos, ao menos indiretamente, é ele quem dará causa à instauração dos embargos de terceiro.

Diversa será a situação, entretanto, se o executado promoveu a indicação de bens à penhora, tendo o exequente apenas aquiescido com a nomeação, até mesmo de boa-fé, caso em que o devedor, necessariamente citado para compor a lide dos embargos de terceiro na qualidade de litisconsorte passivo necessário, arcará na íntegra com as verbas de sucumbência, em sendo julgado procedente o remédio, pois candidamente foi o único causador do ato de aprisionamento dos bens de propriedade do embargante.

Diante de todas essas variantes, Rogério Marrone de Castro Sampaio analisa que, quanto à atribuição do ônus da sucumbência nos embargos de terceiro, terá o magistrado liberdade de atuação para, após proceder à valoração do caso examinado, proferir justa deliberação ⁶³⁶. Em nossa opinião, contudo, somente não poderá o embargante, cujos bens tenham sido injustamente apreendidos em processo no qual não faça parte, ficar ao descortino, deixando de ser reembolsado pelas custas processuais despendidas para ingressar com os embargos, e de perceber os honorários de advogado, salvo se comprovadamente agiu de má-fé, uma vez que se trata exatamente do mais prejudicado pela atuação executiva sobre seu patrimônio. Autor ou réu do processo principal, ou mesmo ambos, indubitavelmente, deverão arcar com as verbas de sucumbência.

Ponto interessante diz respeito à aplicação dos encargos da sucumbência, desaparecendo o ato de apreensão judicial ao patrimônio do terceiro, no curso da ação de embargos, o que acarretará a extinção desses por ausência superveniente de interesse processual. Mas isso não quer dizer que a agressão aos bens do embargante incorreu, ou fora justa, mas apenas que acontecimentos futuros, como pagamento, transação, ou mesmo desistência do credor, impediram que a ação especial fluísse normalmente até inarredável sentença de procedência.

No escol de Donald Armelin, ainda que os embargos de terceiro deixem de ser recebidos por superveniente ausência de interesse processual, *v.g.*, o credor desiste da penhora sobre o bem do terceiro no processo principal, nem por isso deverá ser irrogado ao embargante carecedor de ação o ônus da sucumbência.

⁶³⁶ *Embargos de Terceiro*, p. 151.

Nada impede que, aplicado o princípio da causalidade, seja tal encargo imputado ao embargado que abriu mão do ato constrictivo⁶³⁷.

Essa orientação já predominou em nível de Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS ANTERIOR À DESISTÊNCIA DA AÇÃO. SUCUMBÊNCIA DEVIDA. 1. Desistência da penhora posterior à interposição dos Embargos de Terceiros. 2. Ônus Sucumbências devidos. 3. Recurso não provido⁶³⁸.

Ao que parece em sentido contrário, Araken de Assis reconhece que de modo algum poderá o juiz inverter a regra legal, acometendo o ônus da sucumbência ao vencedor. “No exemplo dos embargos de terceiro, atingidos pelo pagamento do devedor na execução, que liberou da constrição o bem penhorado, sucumbirá o autor agora desprovido de interesse processual⁶³⁹.”

Pelas razões expostas acima, estamos com a primeira das correntes, não parecendo jurídico imputar ao embargante, vítima de aprisionamento material indevido em seu patrimônio, os encargos da sucumbência, ainda que objetivamente os embargos sejam extintos sem resolução do mérito, redundando assim em aparente derrota ao autor da ação.

7.11 – COISA JULGADA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

Ledo engano imaginar que a decisão definitiva tomada em sede de embargos de terceiro, pela sumariedade da cognição, esteja infensa à eficácia preclusiva da coisa julgada. Ocorre simplesmente que a *res iudicata*, nessa ação especial, é limitada ao *quantum* decidido nos autos, ou seja, à inclusão ou exclusão do bem do terceiro dos limites da responsabilidade patrimonial do processo principal, sem maiores incursões quanto aos direitos materiais que tocam a embargante ou embargado.

De forma mais ampla, entende Rogério Marrone de Castro Sampaio que se houver nos embargos reconhecimento de que o embargante é o proprietário da coisa atingida pela constrição judicial, de forma a se evitar a futura alienação do bem, não persiste razão para não conferir autoridade de coisa julgada ao

⁶³⁷ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 59.

⁶³⁸ STJ – 5ª T. – REsp 171.712 – Rel. Min. Edson Vidigal – j. 16.05.2000 – DJU 12.06.2000, p. 124.

⁶³⁹ *Extinção do Processo Executivo na Pendência dos Embargos de Terceiro*, p. 40.

provimento, no sentido de se evitar que as mesmas partes, numa outra ação, venham a disputar a titularidade desse mesmo direito ⁶⁴⁰.

Ocorre que os estritos limites de discussão entre as partes nos embargos de terceiro, em que não se admite sequer pedido reconvenicional do embargado, ainda que plausível, vislumbrando, por exemplo, a mera anulação do negócio jurídico maculado que deu origem aos embargos, basta para deixar em aberto a possibilidade de ulterior ação ordinária.

Por isso é que para Liebman: "...a lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execução e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando deles se tenha discutido ⁶⁴¹." Entretanto, "...uma vez rejeitados, não podem ser propostos novamente no curso da mesma execução ⁶⁴²."

No entanto, não apenas os direitos do terceiro que recolheu sentença de improcedência nos embargos é que permanecem intangíveis, mas também os interesses do legitimado passivo que, apesar da decisão de procedência a si desfavorável, poderá vindicar a inclusão da coisa na esfera patrimonial do processo principal em ação ordinária futura. É o que ocorre com freqüência nos casos de embargos de terceiro, veiculados contra aprisionamento de bens alienados em fraude contra credores, onde fatalmente será decretada a procedência da ação, mas a *res iudicata* não impedirá ao embargado postular a inclusão do bem novamente em execução, mediante ingresso com a competente ação pauliana ⁶⁴³.

No escólio de Vicente Greco Filho:

O que faz coisa julgada nos embargos de terceiro é o dispositivo da sentença que acolhe o pedido, ou seja, a exclusão da apreensão judicial indevida. Isto também não quer dizer que o bem fique a salvo de qualquer outra apreensão judicial. Isto também não é objeto da ação. Se houver outro fundamento para nova apreensão, novos embargos serão admissíveis em tese, porque o fundamento jurídico do pedido será diferente ⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ *Embargos de Terceiro*, p. 156.

⁶⁴¹ *Processo de Execução*, p. 111.

⁶⁴² *Idem*.

⁶⁴³ Escreve com proeminência Hamilton de Moraes e Barros: "Se o terceiro houver perdido a posse, poderá reivindicar, independentemente de haver sucumbido nos embargos. Do mesmo modo, se o exeqüente ou promovente do ato turbativo não conseguir obstar a vitória do terceiro nos embargos, poderá provar em ação autônoma, com finalidade especial – ação de nulidade, ação pauliana, ou uma outra que couber – que ao terceiro não assiste o direito que provisoriamente lhe foi reconhecido nos embargos." (*Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX, p. 314).

⁶⁴⁴ *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol, p. 255.

De se ver, contudo, que a repetição da apreensão judicial de bem já liberado em face de embargos de terceiro opostos, somente poderá se verificar em situações especiais, como na já alegada ação pauliana tirada contra bens alienados em fraude contra credores, de anulação impossível na acanhada via dos embargos. Caso contrário, a insistência do credor em pretender constriar a coisa do embargante vencedor poderá acarretar tumulto processual, repelível mediante aplicação das penas da litigância de má-fé (art. 17, incisos V e VI, do CPC).

Outro doutrinador a fazer digressões acerca da coisa julgada nos embargos de terceiro é Donaldo Armelin, que decifra ter ela limites objetivos restritos ao pedido, sendo que este versa unicamente a desconstrução do bem judicialmente apreendido ou ameaçado de o ser; nada impede que o terceiro, vencido nos embargos, rediscuta em ação autônoma adequada, sua posse, propriedade, ou titularidade sobre os mesmos bens⁶⁴⁵.

Parece que a doutrina, de forma quase que unânime, reconhece a limitação dos efeitos da coisa julgada à inclusão ou exclusão dos bens da esfera de responsabilidade patrimonial do processo principal, não vilipendiando o direito do embargante, ao qual nós acrescentamos o do embargado, sucumbente na ação de embargos, que poderão se utilizar, em qualquer caso, “das ações reais, especialmente a reivindicatória, ou das ações (positivas ou negativas) visando ao reconhecimento da validade ou eficácia do título real de garantia, ou mesmo de outras ações possessórias⁶⁴⁶,” tudo com o móbil de ver reconhecido definitivamente o direito material que alega deter.

Assim decidiu, em termos, o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a facultatividade do emprego dos embargos de terceiro, sem prejuízo do direito material da parte:

DIREITO CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – AGRAVO REGIMENTAL - TERCEIRO INTERESSADO - CONSTRIÇÃO JUDICIAL - LEGITIMIDADE AD CAUSAM - RECURSO. I - OS EMBARGOS DE TERCEIRO PREJUDICADO VISA TÃO SOMENTE A QUE NÃO SE DISCUTA DIREITO PRÓPRIO SEM UM PROCESSO ONDE NÃO FIGUROU COMO PARTE. E MERA FACULDADE PROCESSUAL QUE A LEI LHE CONFERE. A SUA NÃO UTILIZAÇÃO NÃO PREJUDICA O DIREITO MATERIAL EXISTENTE QUE PODERÁ VIR A SER DISCUTIDO EM AÇÃO ORDINÁRIA PRÓPRIA⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ *Dos Embargos de Terceiro*, p. 58.

⁶⁴⁶ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*, p. 145-146.

⁶⁴⁷ STJ – 3ª T. – AgRg 88.561 / AC – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 26.03.1996 – DJU 17.06.1996, p. 21.488.

Noutra oportunidade, a mesma corte reconheceu que a *res iudicata* que se forma na ação possessória ⁶⁴⁸, não obsta a defesa dos bens por via de embargos de terceiro, muito embora aquela siga o rito ordinário após a fase de contestação. Para nós, o sucessivo uso dos remédios jurídicos somente se viabilizaria caso o embargante pretendesse discutir na última das ações especiais questão dominial, de cognição impossível na pendência da primeira, ante o veto circunscrito no art. 923, do Código de Processo Civil.

No processo plenário posterior, com a amplitude cognitiva que lhe é peculiar, poderão tanto embargante quanto embargado buscar decisão imutável a assegurar seus direitos de forma definitiva, ficando aí sim a salvo de novas incursões judiciais, não sendo isso possível aqui, no procedimento compacto e sumário dos embargos de terceiro.

⁶⁴⁸ PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Decisão com trânsito em julgado. Embargos de terceiro. Oposição. Possibilidade – O trânsito em julgado de decisão proferida em ação de reintegração de posse não obsta a oposição de embargos de terceiro – Recurso especial a que se dá provimento. (STJ – RESP 341394 – SP – 3ª T. – Relª Minª Nancy Andrichi – DJU 18.02.2002 – p. 00424).

CONCLUSÕES.

No transcorrer da presente exposição, pudemos constatar que o direito processual civil contemporâneo, de maneira praticamente uniforme, tem se preocupado com o implemento de fórmulas capazes a garantir o amplo e efetivo acesso do cidadão às vias jurisdicionais, até mesmo por obediência ao imperativo constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta.

Por conta disso é que o Código de Processo Civil atravessou, nas últimas décadas, diversas reformas pontuais, visando compatibilizar o vetusto diploma com a realidade social experimentada, assim como com a nova ordem constitucional, surgida após a Carta de 1.988, e realçada pelas sucessivas emendas do constituinte derivado, em especial com a emenda nº 45, conhecida como “A Reforma do Poder Judiciário”, que materializou a razoável duração do processo como garantia fundamental do cidadão, conforme o novo item LXXVIII, do art. 5º, da CF.

Todavia, quanto aos embargos de terceiro, sua disciplina legislativa manteve-se inalterada, desde a edição do CPC de 1.973 até os dias atuais, uma vez que nenhuma das reformas processuais parciais chegou a alterar um dispositivo sequer do capítulo X, do título I, do livro IV, do diploma instrumental civil.

Isso não significa dizer que os embargos de terceiro não se revistam de importância prática no foro, muito menos que a redação original do Código de Processo Civil continue atualizada com relação à matéria, tratando-a satisfatoriamente mesmo após três décadas e meia de sua edição. Pelo contrário, a nosso ver, deixa evidente o dislate do legislador no que tange à relevância do

instituto, e no quão pernicioso é sua precária utilização, pelos efeitos às vezes indelévelis no patrimônio indevidamente atingido pela atuação estatal.

Não somente o legislador se esqueceu dos embargos de terceiro, mas, ao que parece, a produção doutrinária edificada com relação ao assunto é das mais desatualizadas, uma vez que, salvo raras exceções, os principais artigos científicos que enfrentam a matéria, pese sua inegável importância histórica, remontam de data antiga, sendo ainda que os manuais de processo civil, ao tratar dos embargos de terceiro, fazem-no de maneira bem superficial, não cotejando essa modalidade de ação com as novas e modernas tendências do direito processual contemporâneo.

Pelo que sentimos, o trabalho de modernizar a disciplina dos embargos de terceiro e compatibilizá-la com os mandamentos constitucionais, tem sido conferido principalmente à jurisprudência, que muitas vezes se desprende do sentido frio e literal da lei, para tratar o instituto de maneira mais condizente com o acesso efetivo do cidadão ao Poder Judiciário. Mas, a produção jurisprudencial também possui seus limites, não podendo o juiz fazer vezes do legislador ordinário, a quem realmente compete a tarefa de modernizar o instituto aqui tratado.

Destacamos, no corpo do trabalho, algumas orientações por nós acolhidas, que tendem a justificar a utilização da ação de embargos de terceiro como forma de garantia do amplo e efetivo acesso do cidadão às vias jurisdicionais, o que pode ser adotado mesmo sem modificação legislativa, dentre as quais realçamos as seguintes:

1 – Muito embora a letra fria da lei somente faculte a utilização dos embargos de terceiro ao detentor da posse, ou posse e domínio (CPC, art. 1.046, § 1º), tal disposição não pode ser interpretada como se houvesse involução científica, porquanto é tradição de nosso ordenamento jurídico, desde a época das Ordenações do Reino, tutelar por intermédio de embargos de terceiro tanto os direitos do senhor, quanto do possuidor.

Assim, os embargos de terceiro se destinam à tutela do domínio puro e simples, assim como da posse, isolada ou conjuminada com o domínio, e qualquer outro direito passível de apreensão judicial, mesmo que insuscetível de detenção corpórea, tais quais os direitos sobre propriedade intelectual e as ações judiciais.

2 – Possui legitimidade para opor embargos de terceiro tanto o adquirente de coisa litigiosa, quanto o terceiro interveniente, desde tenham agido de boa-fé.

3 – O princípio da fungibilidade pode ser aplicado no campo dos embargos de terceiro, recebendo eventuais embargos de devedor, ou outras ações erroneamente intituladas, como se se tratassem daqueles, e vice-versa, nos casos em que houver dissenso doutrinário e/ou jurisprudencial acerca do remédio cabível, desde que inexistente a má-fé do embargante.

4 – Havendo dúvida com relação ao juízo competente para apresentação dos embargos de terceiro, eventual erro no direcionamento da ação não faz com que seja rejeitada liminarmente, cabendo ao magistrado incompetente encaminhar os autos ao que detém atribuição para apreciá-los.

5 – Cabem embargos de terceiro preventivos; muito embora o art. 1.046, *caput*, do CPC, somente admita a utilização da ação por parte daqueles que já estejam sofrendo turbação ou esbulho na posse de seus bens, por força do mandamento constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta), a simples ameaça de lesão ao direito do embargante já denota a possibilidade jurídica de veiculação do remédio.

6 – O prazo final de cinco dias para apresentação de embargos (CPC. art. 1.048, *in fine*), em processo que o terceiro não tinha conhecimento, começa a correr da data em que o embargante teve ciência inequívoca da moléstia a seus bens, não da expedição da carta de arrematação ou adjudicação. Por outro lado, deve ser apenado com maior rigor o embargante de má-fé.

7 – Os embargos de terceiro podem ser ajuizados no período de recesso forense.

8 – O valor da causa na ação de embargos de terceiro sempre terá como limite o valor da ação principal, sob pena de obstar o acesso do embargante às vias jurisdicionais.

9 – A necessidade de prestação de caução, para o terceiro obter liminarmente o mandado de restituição ou manutenção da posse dos bens embargados, poderá ser flexibilizada em casos extremos, onde a parte é hipossuficiente, contentando-se o juiz, por exemplo, com a assunção do encargo de depositário judicial do bem pelo embargante.

10 – A cognição nos embargos de terceiro é sumária e limitada, de modo a garantir às partes decisão expedita com relação ao objeto disputado nessa ação especial, compatibilizando o acesso à justiça com a garantia fundamental da celeridade do processo.

11 – Os embargos não constituem imperativo legal, mas mera faculdade colocada à disposição do terceiro, que poderá em ação ordinária autônoma defender os direitos turbados ou esbulhados no processo original, ainda que não tenha embargado ou tenha recolhido juízo de improcedência. Mas, em contrapartida, no caso de procedência dos embargos, poderá o embargado no processo plenário posterior pugnar pela renovação da apreensão judicial, alegando, por exemplo, fraude contra credores.

Defendemos ainda outras orientações, com relação aos embargos de terceiro, para tornar o instituto mais eficaz à defesa dos direitos do jurisdicionado, tanto o embargante como o embargado, mas que, contudo, dependem de implementação legal, que pode ser discriminada como:

1 – A supressão do incondicionado efeito suspensivo aos embargos de terceiro, condicionando a suspensividade, tal qual se dá com relação aos embargos à execução, à relevância da matéria levantada pelo embargante e ao perigo de dano derivado do prosseguimento da ação principal.

2 – Abolir a necessidade de citação pessoal do embargado para responder aos termos da inicial de embargos de terceiro, substituindo-a por mera intimação de seu advogado, já constituído na ação principal, via Imprensa Oficial, para garantir maior celeridade e economia processual.

3 – Retirar o duplo efeito do recurso extraído contra sentença que julga os embargos de terceiro, seja no caso de acolhimento, seja de rejeição da ação (com ou sem julgamento do mérito), de molde a ser o apelo recebido apenas no efeito devolutivo, como ocorre com as medidas cautelares.

Enfim, essas e outras posições poderiam ser adotadas para garantia do amplo acesso às vias jurisdicionais, a ser exercido por meio dos embargos de terceiro. Com essas considerações, damos por encerrada nossa pesquisa, sempre tendo em mente que, longe de pretender exaurir a temática, o objetivo dela é mais colaborar com o estudo e compreensão sobre o assunto, aguçando o espírito especulativo do leitor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Embargos de Terceiro*. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/452/1/Embargos_de_Terceiro.pdf.

Acesso em 23 set. 2008.

ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Do Processo de Execução e dos Embargos – Teoria e Formulários*. Leme: LEMP Edições Jurídicas, 2000.

ALEM, José Antônio. *Embargos de Terceiro*. São Paulo: Leud, 1987.

ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Emenda Constitucional n. 45/2004 e Responsabilidade*. in. *A Reforma do Poder Judiciário – Uma Abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Coordenador Jorge Luiz de Almeida. Campinas: Millenium Editora, 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil - Família*. Série Direito Ponto a Ponto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. vol. I. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. *Direito Processual Civil*. vol. 3. Coleção Estudos e Pareceres. São Paulo: revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1. 11. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Embargos de Terceiro – Legitimidade Passiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

AMBRA, Luiz. *Dos Embargos de Terceiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

ARMELIN, Donald. *Dos Embargos de Terceiro*. Revista de Processo n° 62. p. 40-60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ASSIS, Araken de. *Extinção do Processo Executivo na Pendência dos Embargos de Terceiro*. Revista de Processo n° 53. p. 31-42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Manual da Execução*. 11. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *A Súmula 621 do STF e o Imóvel Loteado*. RT n° 611. p. 276-279. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IX (Arts. 946 a 1.102). Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Ação Pauliana e Embargos de Terceiro – Fraude a credores e fraude à execução – Possibilidade ou não de discussão da fraude a credores em embargos de terceiro*. RT nº 581. p. 25-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. vol. 2. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CASTILHOS, Othelo Dilon. *Embargos de Terceiro – Penhora – Compromisso de compra e venda não inscrito no competente Registro Público – Inadmissibilidade do remédio, ainda que fundamentado na posse do bem*. RT nº 567. p. 260-271. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

CONDE, F. Oliveira. *Dos Embargos de Terceiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *A Defesa da Mulher do Devedor na Ação Executória*. RT nº 522. p. 11-16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 10. ed. Salvador: Editora Podivm, 2008.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Embargos de Terceiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 1º vol. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*. 4º vol. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 5º vol. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Manuel. *Mulher Casada – Defesa da Meação*. RT n° 544. p. 288-290. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 14. Dos procedimentos especiais (arts. 982 a 1.102c). Coordenador Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FLORES, José Mauro. *Dos Embargos de Terceiro pela Mulher Casada – Questões Preliminares*. RT nº 531. p. 27-35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FREITAS, José Lebre de. *A Ação Executiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil*. Niterói: Editora Impetus, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Limitação Cognitiva nos Embargos de Terceiro*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

GERAIGE NETO, Zaiden. *Os Embargos de Terceiro e seu Alcance Tutelar*. RT nº 758. p. 85-88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil – Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Processo de Execução e Cautelar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONZAGA, Vair. *Embargos de Terceiros*. Campinas: Péritas Editora, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1º vol. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º vol. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O Processo de Execução*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KFOURI, Roberto Latif. *A Defesa do Embargado nos Embargos do Credor com Garantia Real*. RT nº 491. p. 231-233. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

KUHN, João Lacê. *O Princípio do Contraditório no Processo de Execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de Fato entre Cônjuges – Efeitos Pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos de Terceiro. Rejeição 'in limine' – Recurso Cabível – Se Devem ser Recebidos e Processados Mesmo no Caso de Serem os Embargantes Partes no Processo Principal, sendo Diferente a Condição Jurídica dos Bens que Sofreram Turbação*. RT n° 160. p. 527-531. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946.

_____. *Embargos do Executado. (Oposições de Mérito no Processo de Execução)*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook Editora, 2004.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Processo de Execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Embargos de Terceiro – Curso nas Férias – Deferimento da Liminar – Ausência de Caução do Embargante – Documento Particular não Registrado – Ineficácia contra Terceiros – Valor da Causa e Honorários – Intimação do Advogado do Embargado*. Revista de Processo n° 31. p. 233-238. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Fraude de Execução*. RT n° 485. p. 39-46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MADALENA, Pedro. *Embargos de Terceiro – Sucumbência – Inexistência de culpa do credor*. RT n° 517. p. 245-247. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MALACHINI, Edson Ribas. *Impenhorabilidade da Meação do Cônjuge não Devedor*. Revista de Processo n° 45. p. 23-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARCATO, Antônio Carlos et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. Coordenador Antônio Carlos Marcato. 3. ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Procedimentos Especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. V. 1. ed. rev. atual. complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, Luiz Gustavo. *A Exceção de Pré-Executividade*. Monografia de Especialização apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2005.

_____. *Nova Regulamentação das Custas Processuais (CF, art. 98, § 2º)*. in. Revista Autônoma de Processo, vol. 4. p. 179-192. Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Responsabilidade Civil na Separação de Fato*. Seminário apresentado no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. Campinas, 2005.

MARTINS FILHO, Javert Prado. *Embargos de Terceiro*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil – Princípios Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Processo Civil Moderno - Execução*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Joaquim Bandeira de. *Da Execução*. Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo nº 34. p. 399-402. São Paulo: Lex Editora S/A, 1975.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IX (Arts. 566-611). Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo X (Arts. 612-735). Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XV (Arts. 1.046-1.102). Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Tratado das Ações*. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 1° vol. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 2° vol. 11. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*. 3° vol. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOURA, Mário Aguiar. *Fraude contra Credores e Embargos de Terceiro*. RT nº 617. p. 25-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Fraude Contra Credores e os Embargos de Terceiro*. Revista de Processo nº 23, p. 90-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO. Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 37. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORTIZ, Carlos Alberto. *Embargos de Terceiro*. Revista de Processo nº 29. p. 154-161. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PABST, Haroldo. *O Crédito Hipotecário na Execução Movida por Terceiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PAULA, Alexandre de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 1. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 4. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PAULO, José Ysnaldo Alves. *Pré-Executividade Contagante no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1987.

_____. *Embargos de Terceiro*. Revista de Processo nº 24. p. 205-221. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

REQUIÃO, Rubens. *Fraude contra Credores*. RT nº 575. p. 45-53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SAAD, Eduardo Gabriel et. al. *CLT Comentada*. 41. ed. atual. rev. amp. São Paulo: LTr, 2008.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Embargos de Terceiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 3. 3. ed. atual. refor. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Procedimentos Especiais – Ações Possessórias, Usucapião, Divisão e Demarcação, Inventários e Partilhas, Embargos de Terceiros*. São Paulo: Leud, 1994.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV (arts. 332 a 475). 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º vol. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º vol. 20. ed. rev. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3º vol. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Covis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XI. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Valor da Causa nos Embargos de Terceiro*. Revista de Processo n° 35. p. 239-248. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

TAKIGUTHI, Renato Riotaro. *Instituições de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

TALAMANI, Eduardo; TALAMANI, Elmar Tobias. *Embargos de Terceiro – Requisitos para Caracterização de Fraude à Execução*. Revista de Processo n° 89. p. 241-246. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 6. ed. amp. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Fraude de Execução*. RT n° 609. p. 7-14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*.

Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. II. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006.

_____. *O Imóvel Hipotecado e a Execução de Terceiro*. Revista de Processo nº 44. p. 07-20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Processo Cautelar*. 7. ed. atual. São Paulo: Leud, 1985.

_____. *Processo de Execução*. 12. ed. atual. São Paulo: Leud, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º vol. 23. ed. rev. atual.

amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

VILHENA, Paulo Emílio de Andrade. *Embargos de Terceiro do Credor Hipotecário*. Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo n° 34. p. 405-410. São Paulo: Lex Editora S/A, 1975.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 1. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 2. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Embargos de Terceiro ou Embargos do Devedor: Fungibilidade de Ações*. Revista de Direito do Trabalho n° 122, p. 237-242. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.