

CAPÍTULO VII

Dos Embargos de Terceiro

Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1.º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

§ 2.º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

I – o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;

II – o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV – o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

1. Conceito e natureza jurídica

Prestam-se os embargos de terceiro a permitir a defesa, repressiva ou preventiva, da posse ou de qualquer direito sobre coisa⁴⁵ que seja objeto de qualquer ato de constrição ou ameaça de constrição decorrente de processo judicial do qual o embargante não faça parte.

⁴⁵ Podendo ser bem imaterial (conforme destaca Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 322) e direito de crédito (como destaca Luiz Ambra, *Dos embargos de terceiro*, p. 33 e Rogério Marrone de Castro Sampaio, *Embargos de terceiro*, p. 117).

Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros⁴⁶ espontânea⁴⁷ por ação, destinado à proteção da posse e de outros direitos, em especial o de propriedade, incluída a propriedade fiduciária.

Ao assim dispor de maneira expressa, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou consideravelmente o âmbito de cabimento do instituto em relação ao art. 1.046 do CPC/1973, que se referia exclusivamente à posse (acompanhada ou não da titularidade do domínio).⁴⁸

Como se vê, diferentemente de outros países, o nosso sistema claramente optou por atribuir a esse instrumento o caráter de demanda incidental⁴⁹ (e não mero incidente⁵⁰), destinado a proteger posse, domínio e outros direitos sobre coisas que se constituam alvo de constrição judicial, por meio de cognição exauriente, apta a gerar sentença passível de ser coberta pela autoridade da coisa julgada material.⁵¹ Embora o pedido imediato seja provimento que afaste o ato construtivo indevido,

46 Assim também entende Casso Scarpinella Bueno (*Cursos sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. 2, p. 134).

47 Há, contudo, duas hipóteses em que os embargos de terceiro são excepcionalmente provocados, isto é, arts. 675, parágrafo único, e 792, § 4.º, os quais serão analisados adiante.

48 O tema será objeto de comentários adiante.

49 Assim entende a doutrina majoritária, tanto à luz do Código de Processo Civil de 1973 (e.g., Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. 4, p. 732 e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, *Embargos de terceiro: legitimidade passiva*, p. 40-45), como em face do Código de Processo Civil de 2015 (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 215-216 e Jefferson Carús Guedes, in: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (org.), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 991).

50 A propósito, cumpre aqui invocar a lição de José Lebre de Freitas: "sempre que, na pendência do processo executivo, deva haver uma actividade de tipo cognitivo, tem lugar uma tramitação declarativa estruturalmente autónoma que, embora funcionalmente subordinada ao processo executivo, dele se distingue na medida em que nela recuperam a sua amplitude integral os princípios do contraditório e da igualdade de armas, que no âmbito do processo executivo se apresentam comprimidos por imposição da realização da função que a este é peculiar. Essa tramitação autónoma pode configurar um incidente, como é o caso do incidente de liquidação, do incidente decorrente do protesto ao acto de penhora, do novo incidente de oposição do executado à penhora (...). Mas pode, porque mais complexa, configurar uma acção, como é o caso dos embargos do executado, dos embargos de terceiro (...). A fronteira entre o incidente e a acção nem sempre é fácil estabelecer quando a sequência de actos que integra a tramitação estruturalmente autónoma é totalmente distinta da tramitação tipificada do processo. (...). O critério de maior ou menor complexidade da tramitação autónoma é útil" (Enxertos declarativos no processo executivo, *Aspectos do novo processo civil*, p. 315). A nosso ver, o critério distintivo está na profundidade da cognição e na existência de um pedido e uma causa de pedir, orientados à obtenção de tutela no plano do direito material. Esses dois requisitos acham-se presentes nos embargos de terceiro.

51 Assim entende Humberto Theodoro Jr. (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 319).

o pedido mediato é a afirmação do direito material titularizado pelo embargante e incompatível com a constrição.⁵²

Pelas razões expostas no intróito a esse volume, não se trata propriamente de um procedimento especial, pois os embargos de terceiro constituem remédio para todo aquele que não for parte no processo combater ato de constrição ou ameaça de constrição de seus bens, independentemente do direito material versado. Trata-se, nessa medida, de instrumento atípico de defesa de terceiro face à constrição judicial indevida de bens.⁵³

2. Atos atacáveis

O art. 1046 do CPC/1973 enunciava um rol exemplificativo de atos constritivos, tais como "penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha".

O art. 674 do CPC/2015 não repete essa técnica e usa o termo genérico "constrição", que, além de contemplar os casos referidos no diploma revogado, incluiria ainda outras situações, tais como despejo,⁵⁴ reintegração ou manutenção de posse,⁵⁵ imissão de posse,⁵⁶ divisão e demarcação⁵⁷ etc.

52 O STJ já aceitou que a desconstituição de penhora indevida fosse feita mediante simples petição do terceiro (REsp 159.977/AL, 6.ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 15.06.1998, p. 177). Nesse caso, ai sim, houve simples incidente.

53 Tal como previsto nos arts. 342 a 350 do CPC português.

54 Uma hipótese já versada pelo STJ é do uso de embargos de terceiro pelo sublocatário legítimo não intimado para a ação de despejo (REsp 326.063/MT, 4.ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.08.2013). Há, contudo, um acórdão mais antigo contrário ao cabimento de embargos de terceiro em face de mandado de despejo por ele não implicar "apreensão" do bem (REsp 191274 SC 1998/0075072-0, 6.ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 08.03.1999 p. 268). Data vênica, se mandado de despejo não for ato judicial de ofensa à posse, nada mais o será.

55 Há interessante precedente do STJ que admite que o copossuidor não incluído como réu na ação possessória poderia se valer de embargos de terceiro (REsp 834.487/MT, 4.ª Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 02.04.2013).

56 Por isso mesmo é que desponta, a nosso ver, errado o entendimento acolhido pelo STJ (REsp 353.382/PB, 2.ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 26.05.2006, p. 236) de que não caberiam embargos de terceiro em ação de desapropriação, pois nela há, evidentemente, imissão de posse do bem expropriado em favor do autor. O real proprietário do bem não pode ser dele desalojado sem receber justa e prévia indenização em dinheiro, ao passo que se mostra ineficaz o eventual pagamento a sujeito que figura como réu da ação a *non domino*.

57 O art. 1.047, I, do CPC/1973 aludia a essas duas hipóteses: "Art. 1.047. Admitem-se ainda embargos de terceiro: I – para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos".

Esses atos podem ocorrer não apenas em sede de execução (fundada em título judicial ou extrajudicial⁵⁸), mas igualmente na fase de conhecimento (por conta do deferimento de tutela provisória, por exemplo⁵⁹). Em razão disso, o art. 675 se refere ao cabimento do remédio em qualquer um desses momentos processuais.

Outro aspecto a ressaltar é o fato de que, de forma inovadora em relação ao diploma revogado, o art. 674 do CPC/2015 passou a dispor expressamente que os embargos de terceiro são cabíveis não apenas se o ato construtivo já tiver sido realizado, mas também no caso de haver ameaça de constrição (por haver, por exemplo, pedido de constrição ainda pendente de apreciação⁶⁰). Ou seja, restou clara a finalidade preventiva dos embargos de terceiro.

3. Concorrência dos embargos de terceiro com o recurso de terceiro prejudicado

A rigor, o terceiro cujos bens foram indevidamente constritos poderia manejar, simultaneamente, tanto o recurso contra a decisão judicial que determinou a constrição (valendo-se do permissivo constante do art. 996, desde que observe o mesmo prazo que teriam as partes, embora sem que haja intimação) e os embargos de terceiro.⁶¹

Entende-se, contudo, que estrategicamente é mais vantajoso socorrer-se dos embargos de terceiro e manejar recurso apenas contra eventual decisão que indeferir a suspensão da constrição (art. 678). Afinal, conforme comentários a ser feitos adiante, a suspensão liminar das medidas constritivas depende apenas da prova da propriedade ou da posse, ao passo que a obtenção de efeito suspensivo em recurso dependeria da presença de duplo requisito (fundamentação relevante e risco de demora, *ex vi* do art. 932, II).

Embora não tenha sido repetida tal norma no Código de Processo Civil de 2015, entende-se que ela se acha contemplada pela amplitude do art. 674, conforme sustenta Humberto Theodoro Jr. (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 325).

58 Incluem-se as fases de execução das (assim chamadas) sentenças executivas ou mandamentais, como as ações possessórias, conforme aponta José Horácio Cintra Pereira (in: Antônio Carlos Marcato (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, p. 2788).

59 Assim já entendeu o STJ: REsp 837.546/MT, 4.ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, DJe 21.10.2015.

60 Ao assim dispor, o art. 674 positivou o entendimento que já havia sido pacificado no STJ (v.g., AgRg no REsp 1367984/SP, 2.ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe 21.11.2014, no qual são citados diversos precedentes no mesmo sentido) e em corrente na doutrina (Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1522).

61 O STJ já admitiu essa possibilidade no seguinte julgado: REsp 1091710 PR, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.03.2011.

4. Regra geral de legitimidade ativa

São legitimados ativos todos os sujeitos que, não fazendo parte do processo,⁶² são titulares de direitos sobre bem penhorado que são incompatíveis com o ato de constrição lá determinado.⁶³ Além do proprietário-possuidor, do proprietário fiduciário,⁶⁴ do proprietário-não possuidor,⁶⁵ do possuidor-não proprietário *cum animo domini*⁶⁶ e do possuidor indireto,⁶⁷ pode-se incluir o promissário comprador (ainda que o compromisso de compra e venda não esteja registrado à margem da matrícula do bem, como assentado pelo Enunciado 84 da Súmula do

62 O art. 1.046, § 2.º, do CPC/1973 previu o cabimento dos embargos de terceiro pelo sujeito que, embora parte, "defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial". Essa regra foi excluída do Código de Processo Civil de 2015, mas Antonio Carlos Marcato (*Procedimentos especiais*, p. 246) defende que continua implícita no sistema. Já Humberto Theodoro Jr. (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 333) defende que, nesse caso, deve a parte apontar a "incorreção da penhora" como se executado fosse, invocando o art. 917, II. Entende-se que é possível aplicar essa construção ao assistente, contra o qual não se pode impor condenação e, conseqüentemente, seria terceiro em relação à eventual execução (vide, a esse respeito, Rodolfo Amadeo, *Embargos de terceiro*, p. 69-70).

63 Note-se que o sujeito que presta garantia real relativamente à dívida de outra pessoa, e não é incluído no polo passivo da execução dessa mesma dívida e, ainda assim, tem seu bem penhorado e, tecnicamente, terceiro em relação à execução e, como tal, pode-se defender por meio dos embargos de terceiro (STJ, REsp 49.550/RD, 3.ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.09.1996, p. 36638 e AgRg no AREsp 131.437/PR, 4.ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 20.05.2013).

64 Trata-se de hipótese inserida expressamente no texto do Código pelas razões assim explicadas por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1488-1489): "A possibilidade de o terceiro proprietário fiduciário poder opor embargos de terceiro foi incluída no CPC sob a justificativa do uso cada vez maior da propriedade fiduciária para garantia ou administração de bens. Ainda que a propriedade fiduciária seja resolúvel e comporte restrições, também corre os mesmos riscos de expropriação indevida aos quais está submetida a propriedade regular".

65 O § 1.º do art. 1.046 do CPC/1973 se referia apenas ao "terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor". Já o art. 647, § 1.º, do CPC de 2015 se refere ao "terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor" (isto é, inclui-se proprietário não possuidor). Assim, não poderia subsistir, em face do Código de Processo Civil de 2015, o entendimento consagrado pelo STJ no seguinte julgado: "2. Os embargos de terceiro constituem instrumento para a defesa pelo proprietário-possuidor ou apenas possuidor de bem objeto de indevida constrição por ordem judicial. 3. Inexistência, no caso, de posse, a qualquer título, pelo proprietário embargante, consoante prevê o art. 1.046 do CPC, apta a viabilizar o ajuizamento dos embargos de terceiro. (...) 7. Carência de ação mantida" (REsp 1417620/DF, 3.ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 11.12.2014).

66 O STJ já reconheceu o cabimento dos embargos de terceiro pelo titular de posse *ad usucapionem*: REsp 73458 SP, 4.ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.05.1996, p. 16715.

67 STJ, REsp 908.137/RS, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.11.2009.

STJ⁶⁸) e o donatário cujo instrumento de doação ainda não fora levado a registro,⁶⁹ igualmente já se reconheceu que o “depositário judicial de um bem constrito é parte legítima para a defesa desse bem, quando for objeto de uma outra constrição, realizada em outro processo”.⁷⁰

Não podem manejar embargos de terceiro o locatário e o comodatário, cuja posição não se mostra incompatível com a penhora do bem locado ou emprestado. Igualmente “não é parte legítima a sociedade para opor embargos de terceiro em relação a quotas sociais penhoradas em execução promovida ao sócio”.⁷¹

5. Primeira regra especial de legitimidade ativa: cônjuge (casado pelos regimes da comunhão universal ou parcial) ou companheiro, para defesa de meação

A primeira regra especial de legitimidade ativa vem referida pelo art. 674, § 2.º, I, e diz respeito ao cônjuge ou companheiro, para defender sua meação sobre bens penhorados em razão de processo movido apenas contra o outro cônjuge ou companheiro.⁷² A questão havia sido enfrentada pela Súmula 134 do STJ, a qual afirmou o cabimento dos embargos de terceiro mesmo que o cônjuge tenha sido intimado da penhora nos termos por força do art. 655, § 2.º, do CPC/1973 (vigente à época da aprovação do verbete, equivalente ao art. 842 do CPC/2015⁷³). Entretanto, se a penhora recair apenas sobre a metade ideal do cônjuge que figura como parte, não se podem considerar cabíveis os embargos de terceiro, já que a meação

68 O entendimento se aplica também em caso de promessa de permuta (Vide Negrão, Gouvêa, Bondioli e Fonseca, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 658, nota 3ª ao art. 674).

69 STJ, REsp 223424 GO, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.10.1999, p. 94.

70 Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 4, p. 744-745).

71 Idem, *ibidem*. Em sentido contrário, STJ, REsp 30854 SP, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.04.1994, p. 8500.

72 Quando o cônjuge for coobrigado solidário quanto à dívida contraída pelo outro no “interesse do casal”, não importando o regime de bens (arts. 1.643 e 1.644, 1.664, CC), é preciso que ele figure como réu. Do contrário, os atos executivos não podem afetar sua meação. Ademais, o ônus de provar que a dívida foi contraída no interesse do casal é do exequente (conforme assentou o STJ no Enunciado 251 de sua súmula, relativamente à execução fiscal: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal”).

73 As únicas diferenças entre esses dispositivos são as seguintes: (a) o art. 854 do CPC/2015 ressalva a necessidade de intimação no caso de regime de separação total de bens; e (b) o mesmo dispositivo refere-se também ao companheiro.

será protegida *ex lege*, por força do art. 843 do CPC/2015 (isto é, não se impedirá a alienação, mas se reservará metade do produto para o titular da meação⁷⁴).

6. Segunda regra especial de legitimidade ativa: adquirente de bem em fraude à execução

O art. 792 do CPC prescreve os casos em que o juiz pode declarar que uma alienação é ineficaz em relação ao exequente, para o fim de permitir a sua penhora e posterior excussão. Não nos cabe examinar os requisitos para tanto, mas apenas destacar que o § 4.º dispõe que “antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias”.

A norma se propõe a corrigir um grave problema que havia ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, o qual não previa qualquer tipo de intimação do terceiro adquirente atingido pela decretação da fraude à execução. Cabia-lhe ter a sorte de “descobrir”, sem citação ou intimação, que seu bem havia sido constrito para, aí sim, defender-se mediante embargos de terceiro. Nesse cenário, o terceiro de boa-fé se encontrava em uma situação de extrema desvantagem, ao passo que o terceiro adquirente de má-fé se achava na confortável posição de esperar até cinco dias depois da alienação forçada do bem para manejar embargos (art. 1.048 do CPC/1973).

A despeito do avanço, a solução implementada pelo Código não é a melhor que se poderia cogitar. Em vez de intimar o terceiro para opor embargos de terceiro, teria sido melhor criar um “incidente de fraude à execução”, nos mesmos moldes do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”.⁷⁵ Nesse caso, o contraditório se estabeleceria em um mero incidente,⁷⁶ de forma mais simples, isto é, nos mesmos autos, com procedimento enxuto e encerrado por decisão interlocutória. Sobrariam os embargos de terceiro apenas para o terceiro adquirente

74 Essa regra não se aplica ao condômino *pro indiviso* que não é cônjuge do executado, cuja fração ideal no bem indivisível não pode ser alienada em processo do qual não faz parte e, em caso de indevida constrição, pode valer-se dos embargos de terceiro (STJ, REsp 706.380/PR, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 07.11.2005, p. 278).

75 Nesse sentido manifestaram-se Flávio Luiz Yarshell (O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial?, in: _____ e Guilherme Setoguti J. Pereira (coord.), *Processo societário II*, p. 219-222) e Silas Silva Santos (*Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*, Tese (Doutorado), p. 182 e ss.).

76 Entendemos que se trata de simples incidente, e não demanda incidental, pois não há objeto litigioso próprio, conforme defendemos na tese *Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro*, p. 247-248.

que não houvesse sido chamado a participar do incidente (tal como ocorre com o sócio cujo patrimônio foi atingido após a desconsideração da personalidade jurídica sem que fosse citado para o incidente respectivo, conforme arts. 133 e ss. c/c art. 674, § 2.º, III, adiante examinado).

Embora ao art. 792, § 4.º, se reservem comentários específicos em outro volume da coleção em que se insere a presente obra, entende-se que dois cenários se desenham a partir de sua aplicação. O primeiro: o terceiro adquirente efetivamente apresenta os embargos de terceiro, propugnando não seja decretada a fraude à execução; nesse caso, a discussão acerca da existência ou não da fraude será deslocada para o bojo dos embargos de terceiro e será decidida em sua sentença. O segundo: o terceiro adquirente não maneja os embargos; nesse caso, o juiz pode apreciar a questão da fraude à execução incidentalmente à execução, sem prejuízo de o terceiro se defender por meio de demanda de procedimento comum.⁷⁷

7. Embargos de terceiro e fraude contra credores

A discussão travada nos embargos de terceiro opostos pelo terceiro adquirente gira em torno da ocorrência dos requisitos para a fraude à execução, em especial a data de celebração do negócio e os cuidados tomados pelo adquirente para celebrar o negócio (que variam em função do tipo de bem adquirido).

Pode ocorrer que o terceiro demonstre, por exemplo, que adquiriu o bem antes da averbação do ato de constrição (art. 792, I ou II, do CPC/2015), de modo a afastar a fraude à execução. Contudo, a discussão travada nos embargos de terceiro pode revelar claro concílio fraudatório com o executado-alienante, o que atrairia a incidência da fraude contra credores (arts. 158 e ss. do CC). Essa situação, que já se apresentava ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, suscitava a dúvida sobre a possibilidade de o juiz decretar a fraude contra credores ao ensejo do julgamento dos embargos de terceiro.⁷⁸ O STJ, contudo, negou tal possibilidade ao editar o Enunciado 195 de sua súmula ("Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores"). Os fundamentos dos julgados que embasa-

77 A perda do prazo de 15 dias previsto no art. 792, § 4.º, não pode implicar perda do direito material, mas apenas a perda do direito de se socorrer do procedimento especial. Essa já era a solução que se extraía em face da perda do prazo previsto no art. 1.048 do CPC/1973. O tema retornará ao foco de nossas preocupações ao ensejo dos comentários ao art. 675.

78 Dinamarco dedicou profundo ensaio a respeito (Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 2, p. 1470-1515).

ram o verbete⁷⁹ são os seguintes: (a) a simples resposta aos embargos de terceiro não poderia veicular pretensão típica da "ação pauliana"; (b) poderia se cogitar de reconvenção, mas ela não seria cabível em sede de embargos de terceiro,⁸⁰ cujo procedimento subsidiariamente aplicável seria o das medidas cautelares (art. 1.053 c/c art. 803 do CPC/1973); (c) a fraude à execução enseja ineficácia da alienação ou oneração, ao passo que a fraude contra credores é causa de anulabilidade, havendo incompatibilidade da eficácia das sentenças pleiteadas pelo embargante e pelo embargado; e (d) o executado-alienante não é parte nos embargos de terceiro.

Alguns desses fundamentos já seriam incompatíveis com o Código de Processo Civil de 1973 e se mostram ainda mais descabidos à luz do Código de Processo Civil de 2015. De fato, a anulação do negócio fraudulento ampliaria o objeto litigioso dos embargos de terceiro, necessitando de reconvenção. Contudo, não havia (e ainda não há) qualquer óbice à reconvenção em embargos de terceiro,⁸¹ pois há manifesta conexão e enorme ganho em termos de economia processual, ademais de terem passado a ser aplicáveis subsidiariamente as regras do procedimento comum (art. 679) e não mais as do processo cautelar.⁸² De outra parte, mesmo se o executado-alienante não for parte (nos termos do art. 677, § 4.º), a reconvenção pode ser subjetivamente ampliativa (art. 343, § 3.º). Embora tais argumentos já fossem suficientes, pode-se ainda questionar acerca da imprecisão do Código Civil ao catalogar a fraude contra credores no plano da validade e não no plano da eficácia.⁸³ E mesmo que assim não fosse, não há qualquer impedimento para que demanda principal e reconvenção postularem sentenças dotadas de eficácias distintas. Por fim, se vedada a reconvenção, a parte interessada pode mover ação autônoma, que

79 EREsp 24.311/RJ, 2.ª Seção, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 30.05.1994, p. 13438; EREsp 46.192/SP, Corte Especial, rel. Min. Nilson Naves, DJ 05.02.1996, p. 1341; REsp 13.322/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 13.10.1992, p. 17691; REsp 20.166/RJ, 4.ª Turma, rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 29.11.1993, p. 25883; REsp 27.903/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Dias Trindade, rel. p/ Acórdão Min. Claudio Santos, DJ 22.03.1993, p. 4540; REsp 24.311/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Claudio Santos, DJ 22.03.1993, p. 4538 e REsp 58.343/RS, 3.ª Turma, rel. Min. Costa Leite, DJ 10.04.1995, p. 9275.

80 Em apoio a esse entendimento, manifestou-se Bondioli (*Reconvenção no processo civil*, p. 321-322).

81 Advogando o cabimento da reconvenção nos embargos de terceiro em face do Código de Processo Civil de 1973, Rodolfo Amadeo (*Embargos de terceiro: legitimidade passiva*, p. 105-106).

82 Esse aspecto foi ressaltado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 222). Contra (a nosso ver, sem razão), Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1501) e Eduardo de Avelar Lamy, in: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 1660).

83 Como demonstra, por exemplo, Dinamarco (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, *Enrico Tullio Liebman oggi*, p. 58-61).

fatalmente seria reunida por conexão ao processo em que ordenada a constrição e aos respectivos embargos de terceiros. Por todas essas razões, entende-se que o Enunciado 195 da Súmula do STJ acha-se incompatível com o Código de Processo Civil de 2015, mostrando-se de absoluto rigor que esse verbete seja cancelado.

8. Terceira regra especial de legitimidade ativa: sócio de empresa cuja personalidade jurídica foi desconsiderada sem que fosse citado para o incidente previsto nos arts. 133 a 137

Para compreensão deste dispositivo, que não encontra semelhante no Código de Processo Civil de 1973, é necessário entender como se estrutura o “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”. Trata-se de incidente destinado a oportunizar contraditório ao sócio contra quem se pretende redirecionar o processo em razão de desconsideração da personalidade jurídica, antes que ela ocorra. Quando o incidente for instaurado e julgado procedente, o sócio passará à condição de parte e, como tal, se tiver bens constritos, poderá se valer dos mesmos instrumentos de defesa disponíveis às partes originais.⁸⁴

Assim, caberão embargos de terceiro apenas nos casos em que o sócio não houver sido integrado ao processo antes de ter seus bens penhorados, pela falta da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Há que se interpretar que o art. 674, § 2.º, III, se estende igualmente ao caso em que a sociedade tem seus bens constritos em razão da “desconsideração da personalidade jurídica inversa” (art. 133, § 2.º) decretada sem instauração do incidente.

9. Quarta regra especial de legitimidade ativa: titular de direito real de garantia

A quarta hipótese específica de legitimidade ativa refere-se ao credor titular de garantia real sobre o bem objeto de constrição judicial que não tenha sido intimado dos atos executivos, quando determinado pelo ordenamento (como nos casos dos arts. 799, I, 804 e 889, V). Se houve intimação, poder-se-ia cogitar de simples petição do credor pignoratício, hipotecário, anticrético etc.

84 Com essa novidade, o Código de Processo Civil de 2015 resolveu um grave problema anteriormente existente, que era a desconsideração da personalidade jurídica sem a tomada de qualquer providência destinada a incluir formalmente o sócio no polo passivo do processo. Havia, então, dúvida objetiva sobre a forma de defesa, o que ensejava a aplicação do princípio da fungibilidade (vide Sidnei Amendoeira Jr., *Fungibilidade de meios*, p. 266-275). A mesma solução já havia sido acolhida pelo STJ (REsp 827.295/CE, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, DJ 14.06.2006, p. 211).

O titular do direito real de garantia pode demonstrar, por exemplo, que o executado possui outros bens. Caso não haja outros bens, o juiz deve promover a alienação e reservar o valor da alienação para, primeiro, quitar a dívida garantida pelo direito real.

Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Parágrafo único. Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

1. Prazo para oposição de embargos de terceiro

Ao dispor sobre o cabimento dos embargos “a qualquer tempo no processo de conhecimento”, o art. 675 reforça que ele pode assumir feição preventiva, antes mesmo que tenha sido determinado algum ato de constrição, bastando que haja ameaça (que se caracterizaria automaticamente pela pendência de pedido de tal providência).

É forçoso interpretar o trecho “enquanto não transitada em julgado a sentença” de forma coerente ao art. 506 (o qual impede que a coisa julgada prejudique terceiros) e o próprio art. 674, *caput*. Nesse passo, há que se reconhecer cabíveis os embargos de terceiro mesmo no intervalo entre o trânsito em julgado da sentença que determina um ato de constrição de bem de terceiro e o início do cumprimento da sentença em que referido ato será realizado.⁸⁵

Naturalmente os embargos de terceiro poderão ser manejados ao longo de todo o procedimento executivo, impondo-se como limite o prazo de cinco dias

85 Sobre o cabimento dos embargos de terceiro após o trânsito em julgado, há relevante julgado do STJ: “A coisa julgada é fenômeno que só diz respeito aos sujeitos do processo, pelo que não constitui ela empecilho a defesa do terceiro, através desse *remedium iuris*, contra os efeitos da sentença. Arguição de intempestividade dos embargos afastada. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp 85522/PR, 4.ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12.05.1997 p. 18809). No mesmo sentido, mais recentemente: (REsp 1548882/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 11.12.2015).

depois da arrematação, adjudicação ou alienação por iniciativa particular,⁸⁶ desde que não tenha havido a assinatura da respectiva carta.⁸⁷

A despeito de os embargos de terceiro serem, como regra, meio voluntário de intervenção, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao estipular, em dois dispositivos, que o juiz deveria dar conhecimento ao terceiro (por meio de intimação pessoal) acerca de constrição caso se constate de antemão que ele teria interesse em manejar os embargos.

O primeiro desses dispositivos se acha no art. 675, parágrafo único, o qual, contudo, não estipula prazo para oposição dos embargos de terceiro após a intimação. Entende-se que o juiz pode fixar esse prazo (art. 218, § 1.º) e, caso não o faça, deve-se observar a regra geral, (cinco dias, *ex vi* do art. 218, § 3.º), a contar da data de juntada do comprovante positivo de intimação aos autos (art. 231, I e II).

O segundo caso se encontra no art. 792, § 4.º, segundo a qual é de quinze dias o prazo para oposição dos embargos pelo adquirente de bem alegadamente em fraude à execução.

Esses dispositivos não desnaturam o caráter voluntário dos embargos de terceiro, cujo ajuizamento depende da iniciativa da parte intimada, no prazo legal. Resta analisar quais as consequências do transcurso *in albis* desse prazo.

2. Consequências da perda de prazo

Os embargos de terceiro manejados no prazo do art. 792, § 4.º, terão feição preventiva e, portanto, a perda do prazo não implicará perda do prazo para o manejo dos embargos de terceiro com finalidade repressiva. É exatamente nesse sentido o enunciado n.º 102 das I Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal.

⁸⁶ No caso de o bem defendido em embargos de terceiro ser dinheiro penhorado eletronicamente, deve-se considerar como equivalente à adjudicação o ato que torna a quantia disponível ao credor, mediante "autorização de expedição de alvará ou de mandado de levantamento" (REsp 1298780/ES, 3.ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 27.03.2015).

⁸⁷ Segundo jurisprudência sedimentada no STJ à luz do Código de Processo Civil de 1973 (que continha, no art. 1.048, norma similar), seria possível que os embargos de terceiro fossem manejados somente depois do conhecimento inequívoco acerca da constrição, mesmo que posteriormente à assinatura da carta, como quando da imissão de posse do bem do terceiro, que havia sido alienado judicialmente (REsp 298.815/GO, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 11.03.2002, p. 253). No mesmo sentido, veja-se AgRg no AREsp 312.124/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 21.03.2014 e REsp 651.126/DF, 3ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 26.03.2007, p. 232. Marioni, Arenhart, Mitidiero (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 220) mostram simpatia pela ideia, embora ponderando que a perda de prazo impediria a paralisação do processo principal.

Nos demais casos, a perda do prazo para manejo dos embargos de terceiro⁸⁸ não implica perda do direito material passível de proteção, mas apenas perda do direito de o terceiro se valer do procedimento especial aqui em foco, restando-lhe se socorrer do procedimento comum.⁸⁹ Quando se tratar de arrematação, adjudicação ou alienação por iniciativa particular, caberá ação anulatória, nos moldes previstos no art. 966, § 4.º.⁹⁰

Há uma desvantagem palpável na perda do direito aos embargos de terceiro, que é a possibilidade de paralisar a execução mediante simples prova da posse ou da propriedade (art. 678). Em vez disso, deverá o autor pleitear a medida segundo as regras gerais de tutela provisória (arts. 294 a 311). Ademais, passará a ser parte desse processo tardio eventual sujeito que tenha arrematado ou adquirido por iniciativa particular o bem que pertencia ao terceiro e foi indevidamente executido.

Art. 676. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e atuados em apartado.

Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.

Considerando-se que os embargos de terceiro constituem procedimento incidental e acessório,⁹¹ a competência (absoluta) para julgá-los é do juízo perante o qual tramita o processo principal, no qual a constrição ocorreu ou está em vias

⁸⁸ Seja pela regra geral do art. 675, *caput*, seja na hipótese fruto da combinação do art. 675, par. ún., e 218, §§1.º e 2.º ou ainda nos termos do art. 792, § 4.º.

⁸⁹ Esse é o entendimento uníssono à luz do Código de Processo Civil de 1973 (Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1530) e do Código de Processo Civil de 2015 (e.g., Eduardo de Avelar Lamy, *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1654). Nesse passo, a hipótese versada tem um quê de similar à da perda do prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança (art. 23 da Lei 12.016/2009), que não impede que a mesma pretensão seja veiculada por demanda de procedimento comum. Rodrigo Barioni (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org.), p. 903) sustenta o caráter decadencial do prazo para manejo dos embargos de terceiro.

⁹⁰ Esse dispositivo faz as vezes do art. 486 do CPC/1973, com base no qual vinha decidindo o STJ: REsp 874.273/RS, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 18.12.2009.

⁹¹ Assim defendem, e.g., Marioni, Arenhart e Mitidiero (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 216). Era justamente esse o enquadramento dado pelo Código de Processo Civil de 1939 aos embargos de terceiro (arts. 707 e ss.).

de ocorrer. Isso ocorrerá até mesmo nas causas de competência originária do tribunal⁹² e nos casos em que a constrição for determinada por juízo criminal, nos autos de processo de natureza penal⁹³ ou trabalhista.⁹⁴ Há polêmica jurisprudencial ainda não solucionada para o caso de o embargante ser ente federal e pretender combater constrição determinada por juízo estadual, valendo-se apenas dos embargos de terceiro.⁹⁵

Já o parágrafo único do art. 675 resolve antiga controvérsia, ao estabelecer regra de competência no caso de ato constitutivo realizado por carta precatória. Via de regra, a competência será do juízo deprecado quanto às constrições por ele realizadas, salvo se o bem já havia sido indicado perante o juízo deprecante ou se já devolvida a carta. Quanto à primeira exclusão da competência do juízo deprecado (ato determinado no juízo deprecante e apenas cumprido no juízo deprecado⁹⁶), consagrou-se a orientação constante do Enunciado 33 da Súmula do extinto TFR⁹⁷ e que vinha sendo prestigiada pelo STJ.⁹⁸

Art. 677. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.

92 Esse é o entendimento prevalecente no STJ: REsp 281.406/RJ, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 06.08.2007, p. 703.

93 O art. 129 do CPP prevê o cabimento de embargos de terceiro em face do sequestro, embora não trate de seu procedimento, que, por isso, deve seguir o CPC (STJ, RMS 28.730/RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 14.04.2014).

94 Vide Negrão, Gouvêa, Bondioli, Fonseca (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 663, nota 1 ao art. 675).

95 Idem, *ibidem*. Deslocando apenas os embargos de terceiro para a Justiça Federal, há o seguinte julgado do STJ: CC 95.138/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009. Deslocando tanto a execução quanto os embargos de terceiro, veja-se o seguinte julgado: EDel no CC 83.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 26/05/2010, DJe 04/06/2010.

96 Sepultou-se, assim, o entendimento acolhido pela doutrina anterior ao Código de Processo Civil de 2015, segundo a qual os embargos poderiam ser manejados perante qualquer dos juízos, deprecante ou deprecado (vide Rodolfo Amadeo, *Embargos de terceiro: legitimidade passiva*, p. 48). Também resta superado o entendimento que estendia para os embargos de terceiro o Enunciado 46 da Súmula do STJ, que tratava dos embargos do devedor quando houvesse atos constitutivos por carta precatória ("Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens").

97 "O juízo deprecado, na execução por carta, é o competente para julgar os embargos de terceiro, salvo se o bem apreendido for indicado pelo juízo deprecante."

98 V.g., STJ, AgRg no REsp 370.968/AL, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 16.12.2013 e REsp 704.591/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 14.11.2005, p. 339.

§ 1º É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz.

§ 2º O possuidor direto pode alegar, além da sua posse, o domínio alheio.

§ 3º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal.

§ 4º Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

1. Requisitos da petição inicial

A petição inicial dos embargos de terceiro reveste-se de requisitos adicionais em relação àqueles previstos no art. 319.

O primeiro deles é a "prova sumária da posse ou do domínio", sobre a qual recairá desde logo cognição superficial. Além da prova documental, que sempre deve acompanhar a petição inicial (art. 434), pode-se cogitar da prova colhida em audiência preliminar especialmente designada para esse fim (art. 677, § 1.º). Igualmente é possível imaginar que a petição inicial seja municiada de prova colhida antecipadamente, nos termos dos arts. 381 a 383.

A falta de elementos suficientes à prova da posse ou domínio não deve conduzir ao indeferimento da petição, como indicado pelos arts. 320 e 321. O caso será de indeferir a tutela provisória prevista no art. 678.

A segunda exigência a ser observada para a petição inicial dos embargos de terceiro concerne à apresentação do rol de testemunhas. Segundo entendimento prestigiado pelo STJ, o descumprimento desse ônus gera impedimento para que sejam elas ouvidas posteriormente.¹⁰⁰

99 Marloni, Arenhart e Mitidiero (*Novo Código de Processo Civil comentado*, vol. 3, p. 221) defendem que a audiência preliminar, para fazer prova da posse, pode se dar com ou sem a presença do réu. Entendemos que o embargado deva sempre ser citado para comparecer, seja por analogia ao art. 562 (relativo à audiência de justificação nas ações possessórias), seja por aplicação da mesma lógica do art. 382, § 2.º (atinentes à produção antecipada de prova).

100 STJ, REsp 362.504/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 23.05.2006, p. 135.

2. Citação

No tocante à citação dos embargados, o art. 677, § 4.º, do CPC/2015 repetiu o disposto no § 3.º do art. 1.050 do CPC/1973 (incluído pela Lei 12.125/2009), no sentido de permitir que fossem citados na pessoa de seus advogados, se já os tivessem constituídos no processo principal. Para tanto, não há necessidade de poderes especiais na procuração (art. 105), por se tratar de poder atribuído *ex lege*, pelo simples fato de ter havido outorga de mandato *ad judicium*.¹⁰¹ Caso os embargados não tenham advogado constituído, a citação haverá de ser pessoal.

3. Legitimidade passiva

No tocante à legitimidade passiva, o art. 677, § 4.º, do CPC/2015 acatou atualmente o entendimento já consagrado pelos estudiosos e tribunais ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 e sepultou de vez polêmica antiga. Jamais houve dúvida de que o sujeito favorecido pelo ato de constrição, e que é parte no processo em que ela foi determinada, será legitimado passivo para os embargos de terceiro. O exemplo mais eloquente concerne ao exequente em favor do qual o bem do terceiro-embargante foi penhorado. Todavia, os tribunais¹⁰² e a doutrina¹⁰³ já haviam notado, ao tempo de vigência do Código de Processo Civil de 1973, que em determinados casos deveria se impor a formação de litisconsórcio necessário com o adversário do sujeito beneficiado pela constrição, caso tivesse sido ele responsável por esse ato (como no caso de o executado no processo principal ter indicado o bem do terceiro à penhora ou ter silenciado diante de penhora realizada pelo Oficial de Justiça¹⁰⁴). Agora, esse entendimento acha-se expresso no texto legal.¹⁰⁵

101 Esse entendimento já havia sido acatado pelo STJ (REsp 1422977/RS, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 04.06.2014).

102 Vg. STJ, REsp 282.674/SP, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 07.05.2001, p. 140; STJ, REsp 601.920/CE, 4ª Turma, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 26.04.2012.

103 Vide Rodolfo Amadeo (*Embargos de terceiro: legitimidade passiva, passim*, esp. p. 146-147).

104 Conforme propõe Cassio Scarpinella Bueno (*Cursos sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. 2, p. 139).

105 Ponderável número de autores (tanto antes, como depois do Código de Processo Civil de 2015) defende que a natureza desconstitutiva do provimento pleiteado pelo embargante implicaria litisconsórcio passivo necessário entre as partes do processo original, em qualquer situação, independentemente de ter havido ou não algum ato do réu. À guisa de exemplo, confira-se João Paulo Hecker da Silva (*Embargos de terceiro*, p. 125-126) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1498), que escreveram, respectivamente, à luz do Código de Processo Civil de 1973 e de 2015. Parece não ser essa a solução que emerge do art. 676, § 4.º: *De toda sorte, nos casos em que não se aplicar o litisconsórcio necessário, deve prevalecer o entendimento (também construído ao tempo do Código de Processo Civil de 1973), segundo o qual "[e]m qualquer caso, mesmo que não tenha de início integrado a lide, pode o*

No caso de se formar o litisconsórcio passivo, e os embargos de terceiro serem acolhidos, competirá apenas ao sujeito responsável pelo ato de constrição arcar com as verbas sucumbenciais devidas ao embargante, por simples aplicação do princípio da causalidade. Esse é o entendimento cristalizado no Enunciado 303 da Súmula do STJ, que continua aplicável em face do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

Parágrafo único. O juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

A decisão liminar passível de ser concedida nos embargos de terceiro apresenta semelhanças em relação àquela concedida nas ações de reintegração ou manutenção de posse de “força nova”, isto é, contra esbulho ou turbação ocorrido há menos de ano e dia (arts. 558 e 562). Provada a posse ou propriedade, impõe-se o deferimento da medida,¹⁰⁶ mesmo quem não haja demonstração de *periculum in mora*¹⁰⁷ (em que pese o fato de, na maior parte dos casos, ele se apresentar *in re ipsa*).

Diferentemente do que dispunha o art. 1.051 do CPC/1973, a liminar não acarreta suspensão do processo principal, nem mesmo quando os embargos de terceiro versarem sobre todos os bens lá constritos. Haverá, apenas, suspensão dos efeitos da construção e, se assim requereu o embargante, a reintegração ou manutenção de posse dos bens objeto de disputa.

executado, se tiver interesse em defender o ato judicial impugnado (é muito possível que tenha, evitando recaia a constrição sobre outro bem de seu patrimônio) ingressar no feito. Entendemos que, neste caso, sua condição será de assistente litisconsorcial do exequente-embargado” (Luiz Felipe Silveira Difini, *Embargos de terceiro*, p. 92).

106 Ou seja, não há qualquer margem de “discricionariedade” do juiz, caso se detecte provada (ainda que sumariamente) a posse ou o domínio. Já era esse o entendimento à luz do Código de Processo Civil de 1973 (STJ, AgRg no AREsp 463.551/PE, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 11.11.2014).

107 Assim destacam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 222).

Note-se que o Código de Processo Civil de 2015 inovou mais uma vez ao não condicionar de forma obrigatória a reintegração ou manutenção de posse liminar à prestação de caução (art. 1051, do CPC/1973¹⁰⁸). À luz do art. 678, parágrafo único, ora comentado, essa contracautela pode ser determinada pelo juiz, se assim achar prudente e fundamentar de maneira adequada.¹⁰⁹

Se os embargos forem manejados após concluído o procedimento de expropriação, como admitem alguns julgados do STJ mencionados anteriormente, não haverá mais ato constitutivo a suspender, de modo que a análise do juiz recairá exclusivamente sobre a possibilidade de reintegração ou manutenção de posse.

Art. 679. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum.

Entende-se que, à luz do art. 679, não se aplicará aos embargos de terceiro a audiência obrigatória de mediação ou conciliação (art. 334).

Não há maiores formalidades quanto à contestação, que pode se fundar em quaisquer matérias, salvo na hipótese de os embargos de terceiros terem sido manejados pelo credor titular de direito real de garantia (art. 674, § 2.º, IV), caso em que só poderão ser alegadas as matérias previstas no art. 680, adiante comentado.

Por razões de isonomia, o embargado deverá indicar em sua resposta rol de testemunhas, para se desincumbir do mesmo ônus imposto ao embargante (art. 677).

Embora o dispositivo mencione apenas o direito do embargado de contestar, entende-se cabível igualmente a reconvenção.¹¹⁰ Motivos para tanto não faltam. Primeiramente, o art. 679 passou a dispor sobre a aplicabilidade subsidiária do procedimento comum, e não mais o processo cautelar (art. 1.053 c.c. art. 803 do CPC/1973). Ademais, ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 havia autores (talvez inconscientemente influenciados por tradições históricas) que defendiam que os embargos de terceiro constituíam procedimento fundado em cognição parcial,

108 Havia autores que sustentavam a possibilidade de dispensa de caução em caso de hipossuficiência do embargante (João Paulo Hecker da Silva, *Embargos de terceiro*, p. 60).

109 Aspecto importante notado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1499-1500).

110 Esse aspecto foi ressaltado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo curso de processo civil* vol. 3, p. 222). Contra (a nosso ver, sem razão), Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1501) e Eduardo de Avelar Lamy (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1660).

isto é, limitada horizontalmente.¹¹¹ Contudo, não há – salvo no caso de embargos de terceiro manejados por credor com garantia real (art. 680) – qualquer limitação às matérias alegáveis pelos embargados. Outrossim, no tempo em que os embargos de terceiro podiam se fundar exclusivamente sobre a alegação de posse, poder-se-ia cogitar da aplicação da vedação de discussão acerca de domínio (atualmente plasmada no art. 1210, § 2.º, do CC). O art. 674 do CPC/2015 claramente deu aos embargos de terceiro feição petitória. Assim, admite-se em especial a reconvenção para o fim de ver decretada a fraude contra credores, devendo-se considerar superada pelo CPC em vigor o Enunciado 195 do STJ.

Art. 680. Contra os embargos do credor com garantia real, o embargado somente poderá 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.

O dispositivo impõe limitação às matérias alegáveis pela resposta do embargado, em se tratando de embargos de terceiro manejados por credor titular de direito real de garantia.

O inc. I retrata a situação em que a insolvência do devedor torna a execução universal, de modo a se esvaír o critério cronológico dos direitos reais de garantia e das constrições dentro da mesma classe. O dispositivo acha-se rente ao art. 1.477 do CC, que dispõe que o credor da segunda hipoteca, ainda que vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira, a menos que demonstre que o devedor de ambas é insolvente.

Os incs. II e III tratam de situação em que o embargado demonstra que o embargante não tem direito real de garantia sobre o bem objeto da disputa, seja porque o título apresentado é nulo,¹¹² seja porque se trata de bem diverso daquele gravado em favor do embargante.

Art. 681. Acolhido o pedido inicial, o ato de constrição judicial indevida será cancelado, com o reconhecimento do domínio, da manutenção da posse ou da reintegração definitiva do bem ou do direito ao embargante.

111 Assim José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (*Procedimentos cautelares e especiais*, p. 307-308) e Cassio Scarpinella Bueno (*Cursos sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. 2, p. 136).

112 Tanto nulidades de forma, quanto de fundo (Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de processo Civil*, vol. 9, p. 397).

O dispositivo trata dos efeitos da sentença de procedência dos embargos de terceiro. Além da evidente desconstituição do ato construtivo, a sentença tem a aptidão de efetivamente resolver em definitivo a questão da posse ou domínio suscitada pelo embargante, de modo a constituir coisa julgada material a esse respeito.¹¹³

Questões interessantes se põem no tocante à fixação da responsabilidade pelas verbas sucumbenciais. Já se fez menção ao verbete 303 da Súmula do STJ, segundo o qual o executado responde integralmente pelas verbas sucumbenciais em caso de procedência dos embargos de terceiro quando indicou o bem alheio à penhora, isentando-se o exequente de qualquer encargo. Há julgados do STJ que exime o exequente de arcar com esses valores, mesmo em face da procedência dos embargos de terceiro, no caso em que a penhora de bem de pessoa estranha à execução se deu pela falta de registro de título aquisitivo.¹¹⁴ Todavia, há que se observar qual foi a postura do exequente-embargado pois, se ele combateu veementemente a pretensão veiculada pelos embargos de terceiro, mesmo nesse caso deve ser condenado ao pagamento das verbas sucumbenciais em caso de procedência.¹¹⁵

Um último aspecto a considerar concerne aos efeitos da apelação contra a sentença que julga os embargos de terceiro. Cristalizou-se, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento de que ela seria desprovida de efeito suspensivo.¹¹⁶ Consideradas as semelhanças entre o art. 520 do diploma revogado e o art. 1.012 do diploma em vigor, entende-se que o mesmo entendimento mereça ser prestigiado,¹¹⁷ haja vista que os embargos de terceiro constituem palco adequado para concessão de tutela provisória (art. 678) a qual, quando confirmada pela sentença, atrai a incidência do art. 1.012, § 1.º, I.

113 À luz do Código de Processo Civil de 1973, manifestou-se nesse sentido Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 9, t.2, p. 193) e, contrariamente, José Horácio Cintra G. Pereira (*Dos embargos de terceiro*, p. 69). Na vigência do Código de Processo Civil de 2015, reconheceram a projeção da coisa julgada sobre a posse e/ou domínio, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo Código de processo Civil comentado*, p. 675).

114 STJ, REsp 805.415/RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 12.05.2008.

115 STJ, REsp 434.436/MG, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 25.08.2003, p. 313 e AgRg no AREsp 228.826/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 25.09.2014.

116 Vide, nos tribunais, STJ, AgRg no AREsp 249.264/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 19.02.2013 (com referência a diversos acórdãos no mesmo sentido). Na doutrina, veja-se, por todos, Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 4, p. 759).

117 Como sustentam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1502) e Eduardo Lamy (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1662).

II

Oposição
(Arts. 682 a 686)

1. Perfil histórico

O direito romano era calcado no princípio da singularidade do juízo, segundo o qual a coisa julgada não poderia afetar a esfera jurídica de terceiros. Nesse passo, tratava-se de um sistema infenso a intervenções espontâneas de terceiros,¹ dentre as quais a oposição.

Contudo, o instituto pôde surgir no direito germânico praticado na Alta Idade Média, época em que prevalecia o princípio da universalidade do juízo, segundo o qual a coisa julgada atingia indistintamente partes e terceiros.² Tratava-se de lógica típica de um processo inteiramente oral, realizado publicamente perante a comunidade onde havia eclodido o litígio reunida em assembleia.³ Assim, convinha prover o terceiro de instrumento para, desde logo, defender o seu direito em relação à coisa posta em disputa por outrem, já que mesmo a decisão *inter alios* recairia sobre sua esfera jurídica.

Embora o processo germânico tenha influenciado a formação de diversas técnicas acolhidas pelo direito comum,⁴ o princípio da universalidade perdeu-se na evolução da experiência jurídica medieval (sobretudo canônica), que resgatou

1 No seu primeiro livro *De appellationibus*, o jurista Marciano, que escreveu na primeira metade do século III, afirma que não se pode apelar da sentença proferida entre outras pessoas, a não ser que exista justa causa (D. 49, 1, 5, pr.), conceito que recebia interpretação restritiva.

2 Giuseppe Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*, p. 1102-1104).

3 Nesse sentido, confira-se a lição de Arruda Alvim: "o ato decisório do juízo germânico implicava também abranger terceiros, dado que era a sentença proferida em verdadeira assembleia e, portanto, coletivamente tendo validade para toda a comunidade onde fosse proferida. A chamada intervenção principal (que é o nome alemão para a oposição), a figura do litisconsórcio, como também os proclamas de casamento, são figuras nascidas dessa fase [século XIV], justamente com intuito de fornecer a terceiros um meio hábil, que inexistia no direito romano, de fazerem elas valer as suas pretensões, que fatalmente seriam abrangidas pela sentença, oportunamente" (*Código de Processo Civil comentado*, vol. 3, p. 137-138).

4 Segundo também notícia com riqueza Chiovenda (*Romanesimo e germanesimo nel processo civile, Saggi di diritto processuale civile*, vol. 1, p. 181-224).

a singularidade do processo romano. A despeito disso, subsistiram instrumentos de defesa do terceiro similares ao que hoje denominaríamos oposição, sob o reconhecimento de que o "terceiro poderia ingressar em juízo, se tivesse sofrido um prejuízo, por mais ténue que fosse"⁵

O direito lusitano reinol seguiu exatamente essa diretriz. Por um lado, as Ordenações Afonsinas tratam da possibilidade de o terceiro combater, por meio de apelação, sentença que lhe acarretasse prejuízo (3.85⁶), ainda que sem identificar o instituto da oposição com as cores que se mostraram presentes em monumentos legislativos subsequentes. As Ordenações Manuelinas continuam a regular o recurso do terceiro prejudicado pela sentença, mas inovaram ao prever (ainda que de forma singela, *ex vi* do passo 3.15.18⁷), que sua pretensão poderia ser deduzida a qualquer tempo (3.45.11⁸), isto é, não apenas após a decisão final desfavorável.

Somente com o advento das Ordenações Filipinas é que se pode finalmente identificar a consolidação do instituto. O passo 3.20.31 passou a se ocupar da oposição com muito mais minudência,⁹ merecendo realce os seguintes aspectos: (a) a oposição se apresenta como forma de o terceiro exercer ação em um processo

- 5 Arruda Alvim (*Código de Processo Civil comentado*, vol. 3, p. 141).
- 6 Eis a transcrição do passo: "Se dous sómente letiguassem, e antre elles fosse dada Sentença Definitiva, poderá della apelar nam sómente cada hum desses litigantes, que se da dita Sentença aggravado sinta, mas ainda qualquer outro, a que esse feito possa tanger, e da dita Sentença possa vir algum prejuizo".
- 7 Eis a transcrição: "E este mesmo modo de proceder acerca dos termos, se terá com Opoente quando o hi ouver, porque a opposiçaum he como libello."
- 8 O passo refere-se especificamente à hipótese do legatário, mas se poderia extrair, numa interpretação sistemática, que a mesma lógica se aplicaria a outras hipóteses.
- 9 Convém, a bem da clareza, transcrever essa passagem: "E por quanto a opposição he como libello, acerca della se terá (quando com ella se vier) o mesmo modo de proceder, que se tem no libello. E vindo o oppoente com seus artigos de opposição a excluir assi ao autor, como ao réo, dizendo que a causa demandada lhe pertence, e não a cada huma das ditas partes, se os taes artigos forem offerecidos na primeira instancia, e antes de se dar lugar á prova, serão logo recebidos na audiencia, e assi os mais artigos de contrariedade, replica e treplica; e se vier com elles depois de dado lugar á prova, ou no caso da appellação, ou aggravado, antes do feito ser finalmente conclusivo, no caso, em que per Direito com opposição possa vir, pronunciar-se-ha sobre ella per desembargo, e não se sobrestará no primeiro feito, antes se irá por elle em diante, até se dar final determinação. E a opposição correrá em feito apartado, e depois que o primeiro feito fôr findo, se proseguirá o feito da opposição contra o vencedor. E tratando-se o feito perante Juiz, que per si só delle haja de conhecer, e não cabendo a causa em sua alçada, não recebendo a dita opposição, não se poderá appellar delle, sómente se aggravará per petição ou instrumento. E em todo caso, onde não fôr recebida a opposição, será o oppoente condenado nas custas do retardamento em dobro para as partes, posto que tivesse causa de litigar".

que não iniciou, mediante apresentação de *libello*; (b) a oposição tinha por objetivo disputar o mesmo bem litigioso objeto do processo originário, em face, simultaneamente, de autor e réu;¹⁰ (c) se a oposição fosse manejada antes da instrução probatória, ela corria nos mesmos autos conjuntamente com a ação principal e com ela seria julgada; ao contrário, em autos apartados, sendo julgada primeiro a ação principal e depois a oposição contra o vencedor daquela; (d) caso a oposição não fosse recebida, o oponente tinha que pagar as custas do retardamento em dobro para as partes; e, por fim, (e) o passo 4.10.11, *in fine* reforçou o cabimento da medida a qualquer momento.¹¹

Os monumentos legislativos que vieram a lume em terras brasileiras após a declaração de independência e antes da promulgação do primeiro CPC nacional¹² permaneceram muito fiéis às Ordenações Filipinas, seja em termos de natureza jurídica (a oposição era arrolada dentre as modalidades de intervenção de terceiros e considerada forma de exercício de direito de ação) e de procedimento, salvo por algumas pequenas modificações.¹³

- 10 Acha-se na doutrina brasileira oitocentista a opinião aparentemente isolada de Souza Pinto, segundo a qual não necessariamente o pedido do oponente deveria ser dirigido contra autor e réu: "[o]ppoente é aquelle, que vem a juizo excluir da causa a um, ou a outro litigante, ou a ambos conjuntamente" (*Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*, t. 1, p. 81). Contudo, parece prevalecer na doutrina da época a posição (a nosso ver correta) de que a oposição se mostrava instrumento direcionado a um só tempo a autor e réu (vide, e.g., Alberto Antonio de Moraes Carvalho, *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro*, vol. 2, p. 11 e Paula Baptista (*Compendio de theoria e pratica do processo civil*, p. 88).
- 11 Transcreve-se o trecho que aqui importa: "podel-o-ha fazer em todo o tempo, que lhe aprouver, em quaesquer termos que a demanda stiver."
- 12 Referimo-nos ao Regulamento 737 de 1850 (arts. 118 a 122), à Consolidação Ribas de 1876 (art. 280 a 286) e a diversos Códigos estaduais (arts. 84 a 88 do CPC/RS, arts. 229 a 235 do CPC/MG, arts. 11 a 16 do CPC/BA, arts. 1201 a 1206 do CPC/RJ e arts. 83 a 88 do CPC/SP).
- 13 O art. 88 do CPC/SP, inspirado pelo art. 16 do CPC/BA, traz norma interessante aplicável à oposição processada em autos apartados no sentido de que o juiz poderá "em qualquer das instancias, ex-officio ou a requerimento das partes, ordenar a reunião dos processos, quando um delles chegar ao estado em que o outro se achar" (*coput*), sendo-lhe facultado, para tanto, inclusive retardar por até 60 dias o feito que se concluir primeiro (par. ún). Essas regras foram incorporadas ao Código de Processo Civil de 1939 (art. 103, §2º). De outro lado, apresenta-se um avanço por força da interpretação doutrinária (v.g., de Lopes da Costa. *Da intervenção de terceiros no processo*, p. 160), quanto à precedência do julgamento da oposição em detrimento da ação originária, invertendo-se a ordem (equivocada) estabelecida no passo 3.20.31 das Ordenações Filipinas ("a opposição correrá em feito apartado, e depois que o primeiro feito fôr findo, se proseguirá o feito da opposição contra o vencedor" (*Ordenações Filipinas*, L. III, t. xx, § 31). Essa solução veio a ser incorporada ao texto legal apenas no Código de Processo Civil de 1973 (art. 61). Como bem ponderou Jorge Americano já ao tempo do Código de Processo Civil de 1939, se o objetivo do oponente fosse excluir o direito

Os arts. 102 a 105 do CPC/1939 preservaram as linhas gerais do regramento do instituto, com modificações modestas, como a alteração do momento a partir do qual a oposição correria em autos apartados, isto é, se já realizada a audiência de instrução e julgamento (art. 103, § 1.º).

Para encerrar esse retrospecto histórico, chega-se ao Código de Processo Civil de 1973, que apresentou nítido aprimoramento redacional e terminológico em comparação com o diploma anterior, além de ter inovado quanto aos seguintes aspectos: (a) previsão de necessidade de citação do réu da demanda original que havia sido lá declarado revel (art. 57, parágrafo único.); (b) a possibilidade de em dos opostos reconhecer a procedência da oposição, a qual continuaria apenas em face do outro (art. 58); (c) eliminou-se a possibilidade de reunião tardia de ação e oposição (art. 60); (d) excluiu-se a obrigatoriedade de julgamento de ação e oposição pela mesma sentença (art. 61); e (e) impôs-se a precedência do julgamento da oposição à ação, caso fosse objeto da mesma sentença (art. 61).

Logo se vê que o instituto sempre esteve catalogado pela legislação processual brasileira no campo das modalidades de intervenção de terceiro espontâneas por ação, e sempre esteve dividida em duas modalidades distintas, que a doutrina produzida ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 denominou "interventiva" e "autônoma" (a depender se seria julgada simultaneamente ou separadamente da demanda original¹⁴).

2. Direito estrangeiro

O art. 105 do CPC italiano de 1940 trata das modalidades de intervenção de terceiros voluntárias:¹⁵ (a) aquela manejada contra apenas uma das partes originais (*intervento adesivo autonomo*, para alguns, e *intervento litisconsortile*, para outros¹⁶);

de apenas uma das partes, não se trataria de oposição, mas sim de assistente ou litisconsorte da outra (Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, vol. 1, p. 147).

14 Denominações empregadas, e.g., por Dinamarco (*Intervenção de terceiros*, p. 46-49), com adesão de outros autores (e.g., José Franklin de Sousa, *Intervenção de terceiros e coisa julgada*, p. 102-103).

15 "Art. 105. Qualquer pessoa pode intervir em processo existente entre outrem para fazer valer, em confronto de todas as partes ou de alguma delas, um direito relativo ao objeto ou dependente da causa de pedir deduzido no referido processo. Pode igualmente intervir para sustentar as razões de alguma das partes quando houver um interesse próprio" (Tradução livre). Eis o texto original: "art. 105. Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse".

16 Vide Mandrioli-Carratta (*Diritto processuale civile*, vol. 1, p. 456).

(b) aquela direcionada contra ambas (o que se denomina *intervento principale*); e (c) para aderir às razões de uma das partes originais (*intervento adesivo dipendente* para uns, e *intervento adesivo, tout court*, para outros¹⁷). É justamente a segunda modalidade (*intervento principale*) que cumpre o papel que, na legislação brasileira, é desempenhado pela oposição.¹⁸

Apesar da simplicidade da redação do dispositivo – que implica maior labor e liberdade de interpretação para a doutrina peninsular¹⁹ – ele enuncia duas situações distintas quanto ao cabimento do *intervento principale*, isto é, a existência de direito relativo ao objeto do pedido ou da causa de pedir (*titolo*) deduzida na demanda original. Ou seja, a legislação italiana, indiretamente, alude a dois fenômenos distintos de conexão entre a demanda original e a demanda veiculada por meio do *intervento principale*, cada qual relacionada a um dos seus elementos objetivos.

As formalidades e o procedimento a serem observados relativamente à intervenção se encontram nos arts. 267 e 268 do CPC italiano, cumprindo destacar alguns aspectos interessantes: (a) o interveniente adotará a forma da *comparsa di risposta* (art. 167), dando-se ciência às partes e designando-se audiência (art. 267); (b) o limite temporal para manejo da intervenção é o ato de "precisazione della conclusione"²⁰ (art. 188); (c) o terceiro não está autorizado a praticar os atos que, no momento da intervenção, não são mais consentidos às partes originais, "a não ser que compareça voluntariamente para a necessária integração do contraditório" (art. 268).²¹

Por cautela, convém destacar que o *intervento principale* não se confunde com a *opposizione di terzo*. O *intervento principale* promove a cumulação da demanda originária com a demanda do terceiro interveniente, de modo que a sentença resolverá também o direito do terceiro e estabelecerá uma disciplina relativa ao

17 Idem, ibidem.

18 Francesco Paolo Luiso explica que o interveniente deduz pretensão autônoma do ponto de vista processual (isto é, constitui demanda que poderia ser objeto de um processo próprio) e incompatível com as pretensões deduzidas pelas partes originárias (*Diritto processuale civile*, vol. 2, p. 319-320).

19 Como destacou Andrioli (*Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. 1, p. 295).

20 Trata-se de ato que faz as vezes das alegações finais em nosso ordenamento (art. 364).

21 Essa previsão, introduzida pelo art. 28 da Lei 353/1990, é alvo de muita polêmica jurisprudencial e doutrinária. Segundo Andrea Proto Pisani, a hipótese de prática de atos que já não são consentidos às partes não se aplica à intervenção voluntária (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 380, mas sim à intervenção provocada pelo juiz (Idem, p. 383). Não é essa, no entanto, a orientação da Corte de Cassação, para quem o terceiro pode sempre formular demandas em face das partes originais, mesmo se já ultrapassado o termo de fixação do objeto litigioso do processo. (Cass. civ., Sez. III, 16.10.2008, n. 25264).

único objeto “de modo coerente entre as partes do processo originário e o terceiro interveniente.”²² Já a *opposizione di terzo* é “um meio de impugnação extraordinário manejável contra as sentenças executivas e, em geral, contra as sentenças transitadas em julgado, não submetido a qualquer prazo decadencial.”²³

Em prosseguimento, passamos ao sistema espanhol. Embora a doutrina espanhola reconheça a “intervenção principal” de forma similar à do sistema italiano,²⁴ a LEC de 2000 não a previu. A doutrina aplaudiu a escolha do legislador, por se entender que ela causaria mais prejuízos que benefícios, que seria escassamente utilizada e, principalmente, que poderia ser substituída pelo manejo de um processo autônomo por parte do terceiro que pretendesse objeto de processo pendente entre outros sujeitos, seguida da reunião de ambos por conexão.²⁵

Já no processo civil português, a matéria encontra precisão detalhada nos arts. 333 a 341 do CPC/2013. As principais características desse regramento são as seguintes: (a) o limite temporal para a oposição é a designação de audiência final em 1ª instância ou, caso não seja cabível, enquanto não houver sentença (art. 333.2); (b) a oposição se materializa em peça que respeita os ditames aplicáveis à petição inicial (art. 334); (c) admitida a oposição, ela se sujeita ao mesmo procedimento da ação principal (arts. 335.2 e 336); e (d) previsão de oposição provocada pelo réu, que se assemelharia, em linhas gerais, a uma reconvenção subjetivamente ampliativa manejada com o objetivo de consignar judicialmente objeto de prestação se houver dúvida sobre quem é o credor²⁶ (isto é, se o autor original e terceiro se arrogam ou podem arrogar-se simultaneamente de tal direito²⁷).

3. Posição das normas relativas à oposição e natureza jurídica do instituto

O anteprojeto de novo CPC, elaborado pela comissão de juristas nomeada em 2009 pelo Senado Federal, não mais contemplava a oposição. Se tivesse prevalecido tal escolha, não haveria qualquer prejuízo, haja vista que o terceiro que pretendesse veicular pretensão relativamente a objeto de disputa em processo pendente entre

22 Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 358-359.

23 Idem, p. 359.

24 Vg. Asencio Mellado, *Derecho procesal civil: parte primera*, p. 97.

25 De La Oliva Santos e Díez-Picazo Gimenez, *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, p. 215.

26 A respeito, veja-se a lição de José Alberto dos Reis (*Código de Processo Civil anotado*, vol. 1, p. 502), a qual, embora enunciada à luz do CPC português de 1939, ainda persiste atual.

27 Conforme Salvador da Costa (*Os incidentes da instância*, p. 185), o objetivo desse instrumento é evitar que o réu seja obrigado a pagar duas vezes a mesma dívida.

dois sujeitos poderia se valer de demanda autônoma,²⁸ que seria distribuída por dependência ao mesmo juízo em razão da conexão (arts. 55, *caput* e § 1.º, 58 e 286, I, do CPC/2015).

Contudo, depois que essa opção foi acolhida pelo Senado, em 2010, a Câmara dos Deputados reintroduziu, com modificações, o instituto, não mais dentre as modalidades de intervenção de terceiros como era da tradição do direito lusobrasileiro, mas, sim, no campo destinado aos procedimentos especiais. As razões invocadas pelo relatório do Relator do Projeto, Deputado Paulo Teixeira,²⁹ eram as de que essa alteração topológica conferiria “coerência ao sistema”, haja vista que “o instituto dos embargos de terceiro é modalidade de procedimento especial”, de modo que “a oposição, que tem função semelhante, também deve assumir a mesma natureza.”³⁰

A solução, contudo, se mostra tecnicamente criticável. A oposição não visa tutelar uma específica situação de direito material, mas sim qualquer situação em que um terceiro pretende obter para si coisa ou direito disputado em processo ainda pendente *inter alios*.³¹ Ademais, o procedimento nada tem de especial em relação ao procedimento comum, salvo a supressão da audiência de conciliação ou mediação *ex lege*³² e a fixação de prazo comum aos opostos, sem possibilidade de aplicação do art. 229 quando couber.³³ Não bastasse, a oposição será de regra processada em conjunto com a demanda principal e, como tal, se submeterá ao

28 Solução propugnada pela doutrina espanhola, cujo ordenamento não prevê figura similar à oposição.

29 Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013]. Acesso em: 10.07.2016.

30 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1504) louvaram a novidade justamente por essa razão. De forma similar, Marinoni, Arenhart e Mitidiero aplaudiram a inovação, sob o argumento de que “De fato, a oposição jamais poderia ser qualificada como uma intervenção de terceiro – realizada no processo – na medida em que o oponente, quando participa do processo, formula ação própria, tendente a excluir a pretensão dos sujeitos iniciais sobre o objeto litigioso. Ora, quem formula ação no processo jamais pode ser considerado como terceiro, exercendo o oponente, portanto, nítido papel de parte. O Código de Processo Civil atual, assim, restaurou o regime adequado, concebendo a oposição como uma ação autônoma, ainda que vinculada a outra causa” (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 225). De sua parte, Cassio Scarpinella Bueno (*Novo Código de processo Civil anotado*, p. 429), ao contrário, criticou a alteração topológica.

31 Conforme destaca com precisão Dinamarco (*Intervenção de terceiros*, p. 40).

32 Assim também entendeu Cassio Scarpinella Bueno (*Novo Código de processo Civil anotado*, p. 429).

33 Idem, p. 430.

seu procedimento, que pode ser comum ou especial.³⁴ Veja-se ainda que, se entendermos que a oposição não é mais modalidade de intervenção de terceiros, ela passaria a ser cabível no âmbito dos Juizados Especiais, contornando-se a proibição constante do art. 10 da Lei 9.099/1995.³⁵ Deve-se ponderar ainda que, a prevaler o entendimento de que demandas não poderiam ser qualificadas como intervenção de terceiros, deveríamos realocar a disciplina da denunciação da lide, por exemplo. Por fim, para além das razões já expostas no introito a este volume, entendemos que a colocação dos embargos de terceiro dentre os procedimentos especiais também se acha equivocada.

Assim, o fato de a oposição ser catalogada dentre os procedimentos especiais não altera sua natureza jurídica. Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros³⁶ espontânea e por ação,³⁷ aplicável a qualquer situação de direito material, versada em qualquer procedimento (comum ou especial).

34 É o caso, por exemplo, de uma oposição manejada relativamente a uma ação possessória, que conta com procedimento especial (arts. 554 a 566). Como se viu no item anterior, os arts. 335.2 e 336 do CPC português reconhecem que a oposição, após ser admitida, processa-se conjuntamente à demanda principal, sujeitando-se ao seu procedimento.

35 Marinoni, Arenhart e Mididiero (*Novo Código de Processo Civil comentado*, vol. 3, p. 675), embora afirmem que a oposição é um "procedimento", sustentam que a ela continua aplicável a vedação constante do art. 10 da Lei 9.099/1995. Diferentemente entendeu Ricardo Aprigliano (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambler, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1666), para quem a recatologação do instituto exclui a proibição.

36 Essa era a opinião largamente dominante na doutrina brasileira, conforme ampla resenha realizada por Hermann Homem de Carvalho Roenick (*A oposição e outros estudos de direito processual*, p. 14). Alguns autores, dentre os quais se destaca Dinamarco (*Intervenção de terceiros*, p. 38-39), negavam apenas à oposição autônoma a natureza de intervenção de terceiro, por entender que daria origem a um processo novo, a ser julgado separadamente da demanda original (ou seja, ao ver do jurista, não haveria ingresso em processo já pendente entre outras partes. Contudo, entende-se que a possibilidade de o juiz suspender o processo principal para o fim de processar a oposição autônoma, presente no Código de Processo Civil de 1973 (art. 60, *in fine*) e preservada no Código de Processo Civil de 2015 (art. 685, par. ún.) é suficiente para reconhecer no instituto uma verdadeira modalidade de intervenção de terceiro, ainda que o juiz decida desvinculá-la do processo para a qual foi distribuída por dependência.

37 Acolhemos aqui a classificação difundida por Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*, p. 35-38), segundo a qual as modalidades de intervenção de terceiros podem ser "espontâneas" ou "provocadas" (a depender do fato de o terceiro se apresentar voluntariamente no processo alheio ou ser chamado a integrá-lo, contra ou independentemente da sua vontade) e também "por ação" e "por inserção", a depender do fato de o terceiro veicular ou não demanda na acepção estrita do termo, ampliando ou mantendo inalterado o objeto litigioso do processo original, respectivamente.

CAPÍTULO VIII Da Oposição

Art. 682. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

Art. 683. O oponente deduzirá o pedido em observação aos requisitos exigidos para propositura da ação.

Parágrafo único. Distribuída a oposição por dependência, serão os opostos citados, na pessoa de seus respectivos advogados, para contestar o pedido no prazo comum de 15 (quinze) dias.

Art. 684. Se um dos opostos reconhecer a procedência do pedido, contra o outro prosseguirá o oponente.

Art. 685. Admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença.

Parágrafo único. Se a oposição for proposta após o início da audiência de instrução, o juiz suspenderá o curso do processo ao fim da produção das provas, salvo se concluir que a unidade da instrução atende melhor ao princípio da duração razoável do processo.

Art. 686. Cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação originária e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar.

1. Premissas

A existência de modalidades espontâneas de intervenção de terceiros representa uma homenagem à economia processual, ao permitir que o sujeito que não figura de determinada relação jurídica processual possa nela intervir para evitar que nela seja proferida decisão que projete efeitos em sua esfera jurídica.³⁸

38 Sobre essa função das modalidades de intervenção de terceiro espontâneas, no direito brasileiro, do mais antigo ao contemporâneo, Jorge Americano (*Comentários ao Código de Processo Civil do*

Mesmo se considerando que a coisa julgada não possa prejudicar o terceiro (art. 506) – e, portanto, que a decisão proferida nesse primeiro processo não se apresentará, para ele, imutável e indiscutível e, por isso, possa ser combatida em ulterior processo³⁹ – o sistema admite que ele intervenha para impedir ou afastar efeitos negativos emergentes de processos *inter alios*. Por isso mesmo é que se diz que as modalidades de intervenção de terceiros espontâneas são facultativas.⁴⁰

2. Características essenciais

A oposição constitui modalidade de intervenção de terceiros espontânea, por ação, manejada relativamente a processo de conhecimento⁴¹ pendente *inter alios*, anteriormente ao proferimento de sentença, que resulta em cúmulo processual

Brasil, vol. 1, p. 147), Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973], t. 2, p. 102) e Cassio Scarpinella Bueno (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 216); na doutrina estrangeira, confira-se o português Salvador da Costa (*Os incidentes da instância*, p. 169).

39 Essa é uma das (várias) demonstrações do acerto da distinção entre efeitos da sentença e imutabilidade da coisa julgada, defendida notoriamente por Liebman (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, *passim*).

40 Em particular a oposição, conforme Dinamarco (*Intervenção de terceiros*, p. 45), Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 675) e Ricardo Aprigliano (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1666).

41 Em se tratando de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, a oposição já não mais é cabível (conforme destacado, por exemplo, por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 675). Em seu lugar, entram em cena os embargos de terceiro, que podem combater atos de constrição que recaiam sobre bem de posse ou propriedade de sujeito que não figura como exequente ou executado. Arruda Alvim também negava (em obra escrita à luz do Código de Processo Civil de 1973, mas compatível com o Código de Processo Civil de 2015) igualmente o cabimento da oposição nos embargos à execução, por neles não se vislumbrar disputa entre embargante e embargado acerca de um determinado bem (*Código de Processo Civil comentado*, vol. 3, p. 111). Quando muito, pode haver um bem penhorado, disputado pelo exequente-embargado (que pretende sua adjudicação) e o executado-embargante (que o afirma impenhorável). Nesse caso, aplicam-se os embargos de terceiro em detrimento da oposição. Há julgados do STJ recusando o cabimento da oposição em mandado de segurança (AgRg na Pet 4.337/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.06.2006, p. 496 e (E)Del no RMS 17.885/RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 24.04.2006, p. 414). Pontes de Miranda sustentou o cabimento da oposição em algumas hipóteses de processo de jurisdição voluntária, como por exemplo a alienação de coisa comum (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 2, p. 113). Há julgado acolhendo o (correto) entendimento pelo descabimento da oposição em inventário (TJSP, Apelação 1004905-19.2014.8.26.0009, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Guilherme Santini Teodoro, j. 16.12.2014). Jefferson Carús Guedes (*Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Cabral, Antonio do Passo, Cramer, Ronaldo, (Org.), p. 998) afirma (com razão) o descabimento da oposição em "ações constitucionais objetivas (ADIN, ADC etc)."

subjetivo⁴² e objetivo,⁴³ por meio da qual o oponente⁴⁴ deduz pretensão prejudicial àquela(s) veiculada(s) na demanda originária em face de todas as suas partes, consistente no reconhecimento de direito seu em parte ou no todo sobre bem da vida litigioso, em detrimento dos direitos afirmados pelos litigantes originários.⁴⁵

Entende-se que o bem da vida litigioso pode ser a propriedade de um bem material ou imaterial, ou mesmo a posse.^{46 47}

42 Ao lado da demanda original, entre autor e réu, há a demanda opositiva, entre oponente e autor e réu, na qualidade de opostos, em litisconsórcio necessário simples (conforme destacado por Cassio Scarpinella Bueno (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 211-212 e Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. 1, p. 215). A prova de que o desfecho da oposição não deve ser o mesmo para ambos os opostos se encontra no art. 684, que permite que apenas um deles eficazmente reconheça juridicamente a procedência da pretensão do oponente.

43 Por se tratar de intervenção "por ação", que veicula pedido do oponente.

44 Trata-se de terceiro até o momento em que a oposição é deduzida; após esse ato, passa a ser parte do processo e parte da demanda opositiva.

45 Pontes de Miranda afirma que o pedido deduzido pelo oponente é declaratório contra autor e condenatório contra o réu (*Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1939], t. 52, p. 170). Entende-se que a construção não é inteiramente correta, já que há declaração em face de ambos os sujeitos e a condenação pode se dirigir a quem estiver na posse do bem da vida cuja titularidade se reconheceu ser do oponente (não necessariamente o réu).

46 Há acórdãos do STJ negando a possibilidade de a oposição versar sobre domínio relativamente a coisa sobre as quais as partes da demanda original disputam a posse (AgRg no REsp 1455320/SE, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.08.2014 e REsp 685.159/DF, 4ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 19.10.2009). Trata-se de entendimento consentâneo com os arts. 1.210, § 2º, do CC ("Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa") e com o art. 557, *caput*, do CPC/2015 ("Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa"), embora se deva aceitar o temperamento dado pelo enunciado n. 487 da Súmula do STF ("Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada").

47 Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de processo Civil*, vol. 1, p. 228) sustenta que será cabível oposição do sujeito "C" para defender sua condição de credor no lugar de "A" em ação que ele moveu para cobrar o referido crédito de "B". A situação não é exatamente aquela descrita no texto legal, já que "C" não dirige a mesma pretensão contra "A" e "B". A posição desse oponente não "colide, necessariamente, com os interesses do autor e do réu e não somente de um deles" (Arruda Alvim, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, p. 107-108). Tampouco há prejudicialidade da oposição em relação à demanda original, ao contrário do que dispõe o art. 686. Ao contrário, pareceria adequado definir, primeiro, se há o crédito para somente depois reconhecer quem é seu titular. É o que, de certa forma, sinaliza o art. 548, III, na hipótese de ação de consignação em pagamento movida no caso de haver dúvida de quem é o credor, em que primeiro se define os conformos do crédito, liberando-se o autor, e somente depois se julga a qual dos réus pertence. Seja como for, mesmo que nesse caso não se aceite a oposição, tratar-se-ia de ações conexas que podem (e devem) ser reunidas, a fim de evitar decisões conflitantes.

3. Competência

Como toda demanda cumulada, ela deve observar a competência do juízo (aplicando-se por analogia o art. 327, § 1.º, II, do CPC/2015). Apenas a competência territorial pode ser derogada em decorrência da distribuição por dependência (arts. 54, 58, 59 e 683, par. ún.).

4. Forma de propositura da oposição

Respeitando a tradição do direito luso-brasileiro, continuou-se a prever que a oposição deveria respeitar, no que couber, os requisitos da petição inicial (art. 319⁴⁸), à exceção da manifestação de interesse ou não pela audiência de conciliação ou mediação (inc. VII), já que os opostos serão citados diretamente para apresentar resposta no prazo comum de 15 (quinze) dias.

Caso o juiz que receber o ato entender não se tratar de oposição, poderá recebê-la como demanda autônoma e, se reconhecer a conexão, ainda assim manterá o apensamento para fins de julgamento conjunto (arts. 55 e 58). Caso repute ausente a conexão, determinará a distribuição livre da demanda.⁴⁹

5. Citação dos opostos

A citação dos opostos será feita na pessoa de seus advogados, pela imprensa oficial ou outro modo referido pelos arts. 269 e ss.,⁵⁰ não se aplicando aqui a norma geral do art. 105, segundo a qual o advogado só pode receber citação se houver recebido poderes expressos para tanto.⁵¹

Não foi reproduzida no Código de Processo Civil de 2015 a regra antes constante do art. 57, par. ún., do CPC/1973, que impunha a citação pessoal do réu declarado revel em face da demanda original. A despeito dessa omissão no texto vigente, nessa raríssima situação⁵² deve-se prestigiar a mesma solução do Código

48 Diferentemente do processo italiano, em que a forma a ser observada subsidiariamente é a da "comparsa di risposta", conforme acima destacado.

49 Diferentemente entendeu, de forma errônea, o TJMG, ao afirmar ausente interesse de agir (Apelação Cível 1.0701.08.222051-1/002, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurílio Gabriel, DJ 18.06.2014). Houve, *in casu*, inaceitável negativa de prestação jurisdicional.

50 Segundo Negrão, Gouvêa, Bondioli, Naves (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 668) deve-se fazer essa citação pela imprensa oficial. Já Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*, p. 90) defendia a citação feita pessoalmente, embora dirigida aos advogados dos opostos.

51 Conforme sustentou Jorge Amaury Nunes (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (Org.), p. 916).

52 Com efeito, admitido o julgamento antecipado do mérito em caso de revelia (art. 355, II), o intervalo de tempo entre sua decretação e o proferimento da sentença tende a ser bastante exíguo.

revogado,⁵³ haja vista que o art. 346 dispensa apenas as intimações do réu revel que não tenha constituído advogado, não se aplicando a citações.

6. Resposta dos opostos

Conforme já destacado, os opostos são citados para responder no prazo comum de 15 (quinze) dias, sem que se cogite de designação de audiência de conciliação ou mediação inicial obrigatória ou de duplicação de prazo por força do art. 229. Além de contestar, podem os opostos reconvir (art. 343⁵⁴) e reconhecer a procedência do pedido (art. 684). Caso esse último ato de autocomposição unilateral seja praticado apenas por parte de um dos opostos, o juiz a homologará por decisão interlocutória de mérito (arts. 354 e 487, III, a⁵⁵), excluindo-o de ambas as demandas, com condenação ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios tanto ao seu adversário da demanda original, quanto ao oponente (art. 90). Nesse cenário, a demanda original restará prejudicada, e o processo prosseguirá apenas entre o oponente e o(s) oposto(s) que não reconheceu(ram) a procedência da oposição.

7. Modalidades de oposição e a decisão a seu respeito

Entende-se ainda ter se mantido no CPC de 2015 ter prevalecido a solução acatada no Código de Processo Civil de 1973 no sentido de reconhecer duas modalidades de oposição:⁵⁶ (a) a primeira, denominada de *interventiva*, é passível de ser manejada antes do início da audiência de instrução (art. 685, par. ún.); e (b) a segunda, denominada de *autônoma*, é passível de ser manejada após o início da audiência de instrução, mas antes da sentença (arts. 682 e 685⁵⁷). Em ambos os casos, a oposição será atuada em apenso (art. 685, *caput*⁵⁸), mas apenas no primeiro caso (modalidade *interventiva*) é que, como regra, o juiz a decidirá conjuntamente à ação principal (art. 686).⁵⁹ A demanda opositiva autônoma só será decidida na

53 Como sustenta, e.g., Jefferson Carús Guedes (*Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Cabral, Antonio do Passo; Cramer, Ronaldo. (Org.), p. 999).

54 Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo Código de Processo Civil comentada*, p. 676).

55 Conforme bem apanhado por Jorge Amaury Nunes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (Org.), p. 917.

56 Nesse sentido, confira-se Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo Código de Processo Civil comentada*, p. 677, embora sem usar os termos "oposição *interventiva*" e "oposição *autônoma*").

57 Mesmo que não seja necessária a designação audiência de instrução, a oposição deverá ser tratada como se *interventiva* fosse.

58 De fato, ao contrário do que dispunha o Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 não ressalva o apensamento na hipótese de ajuizamento da oposição após início da audiência de instrução.

59 É justamente por isso que o art. 686 contém ressalva em sua parte inicial: "cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação originária e a oposição (...)".

mesma sentença que a demanda original se o juiz houver por bem suspender a segunda e aguardar o desenvolvimento das fases postulatória, saneadora e instrutória da primeira (art. 685, par. ún.⁶⁰). Do contrário, o juiz estará livre para julgar a demanda original, e os seus autos haverão de ser desamparados daqueles em que se acha a oposição, para permitir que suba eventual apelação contra a decisão final.⁶¹ Transitada em julgado sentença definitiva proferida na demanda principal, dando razão a um dos seus litigantes, apenas contra ele deverá prosseguir a oposição autônoma, aplicando-se por analogia o art. 684. Se, ao final, o oponente for declarado vencedor, restará prejudicado o comando da decisão proferida em favor do oposto quanto à demanda original.⁶²

Quando decidida na mesma sentença, a oposição será, face ao seu caráter prejudicial, julgada em primeiro lugar (art. 686⁶³). Se procedente a oposição, restarão automaticamente rejeitadas as pretensões deduzidas pelos opostos por meio da demanda original e sua resposta relativamente ao bem em disputa.⁶⁴ Contudo, se improcedente a oposição, aí sim o juiz passará a analisar a qual dos opostos deve ser outorgado o bem da vida em disputa.

8. Concurso com outras modalidades de intervenção de terceiros

A mesma situação de direito material pode ser tutelada de diversas formas, a depender do momento processual. Pense-se, por exemplo, que Caio e Tício dispu-

60 O Código de Processo Civil de 1973 dispunha sobre o período máximo de suspensão (de 90 dias), o que não mais há no Código de Processo Civil de 2015. Com maior razão deve prevalecer a prudência do julgador, sobretudo analisando se "chegarà a decisões conciliáveis, convergentes", conforme alerta de Hélio Tonarghi (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, p. 247).

61 O desamparamento, contudo, não implica distribuição livre e tampouco instauração de processo inteiramente autônomo (com citação pessoal dos opostos), já que não há ressalva quanto a isso no art. 683, parágrafo único.

62 Como é curial, as diversas formas de cumulação subjetiva e/ou objetiva visam prestigiar economia processual e harmonia decisória (conforme *vg.*, Guasp e Aragonese, *Derecho procesal civil*, t. 1, p. 289 e Dinamarco, *Litiscônscio*, p. 61). Contudo, a oposição se orienta apenas pela economia processual, já que a eventual existência de decisões contraditórias, nessa hipótese, não constitui um mal a ser combatido (como sustentou Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, p. 42), mas sim uma decorrência natural (plenamente aceitável) dos limites subjetivos da imutabilidade da coisa julgada material (art. 506).

63 A prolação de duas decisões separadas e/ou a inversão da ordem, contudo, não ensejará nulidade das decisões sem demonstração de prejuízo, conforme já decidiu o STJ em mais de uma oportunidade: REsp 420.216/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ21.10.2002, p. 428 e REsp 1221369/RS, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 30.08.2013).

64 Nesse caso, o autor da demanda original, por ter dado causa a ela, deve pagar custas, despesas e honorários sucumbenciais ao réu da demanda original.

tam em um processo a propriedade de determinado bem. Se Mévio, entendendo que o bem em disputa é seu e não de titularidade de Caio ou Tício, pode valer-se da oposição se não tiver ainda sido proferida sentença (art. 682). Caso Mévio não descubra a existência do processo antes do proferimento da sentença⁶⁵ ou, mesmo que o faça, decida não apresentar oposição, poderá aguardar o proferimento da decisão e contra ela manejar recurso na qualidade de terceiro prejudicado (art. 996⁶⁶). Caso Mévio não recorra, poderá esperar que uma das partes saia vencedora, e contra ela, apenas, dirija sua pretensão, a qual pode ser veiculada por embargos de terceiro (nos casos em que a sentença proferida no processo original resultar em atos de agressão à posse exercida por Mévio sobre a coisa) ou por demanda autônoma (caso não exista agressão à sua posse ou caso perdido o prazo para embargos de terceiro, nos termos do art. 675).

Note-se que essa progressão de cabimento de instrumentos disponíveis ao sujeito para defender direito sobre bem em disputa em processo pendente entre outros pode ser subvertida se houver medidas executivas antecipadas relativamente ao bem no bojo da fase de conhecimento (por força, por exemplo, do deferimento da tutela provisória). Em tal cenário, pode-se cogitar do manejo de todos os três instrumentos simultaneamente, isto é, oposição, recurso contra

65 As modalidades de intervenção espontânea de terceiros apresentam essa fragilidade, isto é, a dificuldade prática de o terceiro saber da existência do processo sem que ninguém o cite (conforme destacou há décadas Nicoló Trocker, *Processo civile e costituzione*, p. 432-433). Por isso mesmo é que a incidência de embargos de terceiro é, na prática, infinitamente maior que a de oposição, pois, no primeiro caso, o terceiro toma conhecimento da disputa sobre bem entende lhe pertencer quando há algum ato de agressão à sua posse.

66 Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, já se defendeu o entendimento de que "o recurso de terceiro prejudicado é puro recurso, em que se pode pleitear a nulidade da sentença por violação de norma cogente, mas não acrescentar nova lide ou ampliar a primitiva. Ao recorrer, o terceiro não pode pleitear nada para si, porque ação não exerce. O seu pedido se limita à lide primitiva e a pretender a procedência ou improcedência da ação como posta originariamente entre as partes. Desse resultado, positivo ou negativo para as partes, é que decorre o seu benefício, porque sua relação jurídica é dependente da outra." (Vicente Greco Filho, *Da intervenção de terceiros*, p. 103). Sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o mesmo entendimento tem sido acolhido: "Em suma: o recurso de terceiro prejudicado continua sendo, no regime do Código atual, uma forma de intervenção de terceiro em grau de recurso ou, mais propriamente, uma assistência na fase recursal, porque, no mérito, o recorrente jamais pleiteará decisão a seu favor, não podendo ir além do pleito em benefício de uma das partes do processo ou de invalidação do julgado recorrido. É que o assistente nunca intervém para modificar o objeto do processo, mas para ajudar 'uma das partes da causa', pois é a vitória do assistido que, em princípio, beneficiará indiretamente o assistente." (Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 3, p. 985).

a decisão que implicou agressão à posse (art. 1.015, I) e embargos de terceiro (passíveis de ajuizamento em qualquer momento do processo conhecido, conforme art. 674⁶⁷).

67 Do ponto de vista estratégico, parece ser mais aconselhável o manejo da oposição com pedido de tutela provisória (cabível, como bem demonstra Victor André Luzzi Gomes, *Intervenção de terceiros e tutela de urgência*, p. 289-291, em lição ainda compatível com o Código de Processo Civil de 2015), em detrimento dos embargos de terceiro. Isso porque a oposição não se prejudica face à rejeição da demanda principal sem exame de mérito (conforme defendem, p. ex., Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1508, aplicando por analogia o art. 343, § 2.º, atinente à reconvenção), diferentemente do que sucederia com os embargos de terceiros, no caso de reforma ou anulação do ato constitutivo, conforme anteriormente destacado, volta-se necessariamente contra ambas as partes do processo original (diferentemente do que pode suceder nos embargos de terceiro à luz do art. 677, § 4.º) e tem espectro cognitivo mais amplo, pois não se destina apenas a discutir questões relativas à posse (conforme realçado por Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, Antônio Carlos Marcato (coord.), p. 134). Os embargos de terceiro teriam apenas uma única vantagem: a possibilidade de obter liminar independentemente da prova de urgência (art. 678).

III Habilitação (Arts. 687 a 692)

1. Perfil histórico

O *ius civile* romano já reconhecia que a sucessão universal *mortis causa* implicava a transmissão aos herdeiros (*heredes*) do conjunto das posições jurídicas ocupadas pelo *de cuius*, as quais, modernamente, poderíamos catalogar no plano do direito material e no plano do direito processual.¹ Essa construção jurídica sofisticada atravessou séculos, mantendo-se presente no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, mas sem haver, durante muito tempo, regramento textual acerca do procedimento a ser observado para essa alteração subjetiva.

As Ordenações do Reino Português, por exemplo, continham poucas regras a respeito. Nas Afonsinas, há duas regras aparentemente antagônicas: a do passo 3.23.pr²) previa que, se já tivesse havido contestação, os herdeiros estavam sujeitos a manter o procurador anteriormente nomeado e o processo prosseguiria sem solução de continuidade, e a dos passos 3.23.3 e 3.53, segundo a qual o processo não poderia prosseguir sem que os herdeiros tivessem sido citados. As Manuelinas (3.18 e 3.55) e Filipinas (3.27.2 e 3.82) acolheram apenas a segunda regra. Curiosamente, contudo, apenas as Ordenações Afonsinas (3.53) distinguem a sucessão do autor e do réu.

Mais de cem anos depois das Ordenações Filipinas é que se encontra, na obra dos praxistas portugueses, referências ao procedimento de legitimação (*legitimatío*) ou habilitação (*habilitatío*) por meio do qual os herdeiros assumem a posição processual do falecido. Entendia-se ser procedimento obrigatório, sem o qual não

1 Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, p. 568.

2 "Morrendo o Senhor do preito, ante que a lide seja contestada com seu Procurador, loguo espira o poderio de sua procuraçãõ, e cessa em todo seu Officio em tal guisa, que não pode mais hir pelo feito em diante: e se o Senhor do preito morre depois da lide contestada, nom espira porem o Officio do Procurador, nem perderá de seu poderio cousa alguma, ante dizemos, que deve seguir o preito ate que seja acabado, assi, e tam compridamente, como se o Senhor do preito fosse vivo, ainda que não haja nova Procuraçãõ, ou mandado de seus herdeiros".

se poderia dar prosseguimento à marcha processual.³ Embora a legitimidade ativa tocasse ao sujeito que pretendesse dar andamento ao processo, cabia ao juiz fazê-lo também *ex officio*.⁴ Deflagrada a habilitação, seguia-se o procedimento ordinário, com instrução probatória plena, independentemente de qual fosse a natureza do processo.⁵ Como se vê, desenhava-se tratamento mais profundo e detalhado em relação àquele encontrado nas Ordenações, e isso se deve ao objetivo de coibir fraudes⁶ (o que também explicava o acolhimento do princípio da *saisine*⁷ no direito lusitano em meados do século XVIII⁸).

Já em terras brasileiras, após a declaração de independência, o regime jurídico da habilitação sofre alteração, no âmbito dos processos comerciais, por força dos arts. 403 a 409 do Regulamento 737 de 1850, inseridos no título “Dos processos preparatórios, preventivos e incidentes”. Cabe ressaltar os principais aspectos desse conjunto normativo: (a) a habilitação podia ser empregada no caso de sucessão *mortis causa* (art. 403) e em caso de sucessão *inter vivos* decorrente de cessão de direito (art. 409); (b) em se tratando de cônjuge supérstite e herdeiros legítimos ou necessários, bastava apresentar documentos hábeis a demonstrar o óbito e a relação jurídica com o finado, de modo a dispensar uma “sentença de habilitação”, ainda que se mantivesse a necessidade de promover nova citação da parte adversa para permitir o prosseguimento do processo (art. 404); (c) igualmente se dispensava o proferimento de uma decisão se, a despeito da falta dos documentos hábeis, a parte adversa concordasse com a habilitação e não houvesse oposição de terceiro⁹ (art. 405); (d) caso a habilitação fosse proposta pelo adversário da parte falecida, haveria necessidade de citação pessoal e, caso promovida pelos próprios herdeiros, a parte adversa poderia ser citada na pessoa de seu advogado (art. 406); (e) havia possibilidade de produção de quaisquer provas, notadamente as orais em audiência (art. 407); (f) da decisão que julgava provada a habilitação, cabia agravo de petição e da que não a reconhecesse provada, cabia agravo de instrumento (art. 408); (g) uso da habilitação para o caso de sucessão *inter vivos*, por cessão ou alienação da coisa ou direito litigioso (art. 409).

3 Silvestre Gomes de Moraes, *Tractatus de executionibus*, t. 6, p. 117

4 *Idem*, p. 118.

5 *Idem*, *ibidem*.

6 *Idem*, p. 119.

7 O “princípio da *saisine*” determina que a herança se transmite aos herdeiros tão logo aberta a sucessão, o qual se acha acolhido no direito brasileiro vigente (art. 1784, CC).

8 Conforme sustenta Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, t. 55, p. 63-65).

9 O dispositivo não esclarece se algum terceiro seria citado e de que prazo disporia para questionar a habilitação pretendida por uma parte e consentida pela outra.

Na *Consolidação das Leis Processuais Civis*, organizada pelo Conselheiro Ribas e alçada à condição de lei em 1876, a habilitação aparece em meio às “causas incidentes” do “processo das acções especiaes”. Por se tratar de um diploma calçado nas Ordenações, a Consolidação dá trato sucinto ao tema (arts. 914 e 915), determinando a aplicação subsidiária do procedimento sumário (arts. 679-686).¹⁰ A exemplo do que ocorrera em Portugal, no séc. XVIII, a doutrina praxista da época se encarregou de detalhar aspectos sobre os quais silenciava o diploma.¹¹

Os Códigos Estaduais, editados ao tempo da República Velha, em geral adotaram o regime similar ao do Regulamento 737, salvo por pequenas alterações, tais como: (a) possibilidade de dispensa da “sentença de habilitação” em outros casos em que houvesse prova literal da condição do habilitando;¹² (b) possibilidade de que a habilitação obtida em um processo valesse para os demais;¹³ (c) possibilidade de habilitação apenas com certidão obtida no inventário, mesmo que ainda não julgada a partilha.¹⁴

O Código de Processo Civil de 1939 inseria a habilitação no Livro dedicado aos “Processos acessórios” e não inovou substancialmente em relação aos diplomas anteriores¹⁵, merecendo destaque o art. 746, que determinava que a habilitação seria feita sempre nos autos principais, e o art. 753, que determinava que a habilitação não suspendia o processo principal em determinadas circunstâncias. Em ambos os pontos, o Código de Processo Civil de 1973 retrocedeu, restaurando a regra geral segundo a qual a habilitação seria pedida por petição inicial (arts. 1057 e 1060) e não mais permitindo a retomada do processo principal, que dependia de julgamento da habilitação por decisão passada em julgado (art. 1062). Além disso, o Código de Processo Civil de 1973 não reproduziu o dispositivo que estendia a habilitação ao caso de cessão ou alienação da coisa ou direito litigioso (art. 750 do CPC/1939).

10 *Consolidação das leis do processo civil*, vol. 1, p. 209.

11 Em 1879, Teixeira de Freitas adaptou ao ordenamento brasileiro as *Primeiras linhas sobre o processo civil*, escritas em Portugal por Joaquim José Caetano Pereira e Souza a partir de 1810. Por meio de extensas notas explicativas, o eminente autor brasileiro destacou se tratar de ação sumária, embora passível de ser instaurada *ex officio*, e em alguma medida resgatou diversos elementos que figuravam da obra de Gomes de Moraes (Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, notas de Teixeira de Freitas, t. 1, p. 117).

12 Art. 451, I, CPC/SP.

13 Art. 819, CPC/RS, art. 1227, § 2º, art. 544, § 2º, CPC/MG e art. 451, II, CPC/SP.

14 Art. 451, III, CPC/SP.

15 Em especial a repetição (no art. 747) dos casos previstos no art. 451 CPC/SP em que se dispensava a prolação de sentença.

2. Direito estrangeiro

O Código de Processo Civil italiano de 1940 é extremamente sucinto a respeito da matéria, limitando-se a dispor a necessidade de suspensão do processo caso quem deva prosseguir na relação processual não intervenha voluntariamente ou provocadamente (arts. 299 e 300), que deve ocorrer num prazo breve de três meses.

A LEC espanhola de 2000 prevê, de forma concisa, a sucessão *mortis causa* (art. 16), a sucessão por alienação da coisa litigiosa (art. 17) e a sucessão decorrente de intervenção de terceiros provocada (arts. 14 e 18). No primeiro caso, admite-se tanto a habilitação espontânea promovida pelos próprios sucessores, como a habilitação provocada pelo adversário da parte falecida; no segundo caso, trata-se de intervenção espontânea do adquirente; por fim, no último caso, há intervenção provocada, apenas.

Já o Código de Processo Civil lusitano de 2013 insere as normas sobre habilitação dentre as modalidades de intervenção de terceiros, valendo realçar suas principais características: (a) a habilitação se aplica à sucessão *mortis causa* (art. 351), à sucessão de pessoas jurídicas e sociedades em caso de extinção (art. 354.3) e de sucessão *inter vivos* pelo adquirente ou cessionário da coisa ou direito litigioso (art. 356); (b) a citação será feita apenas para quem ainda não houver sido citado no processo em que a habilitação deve operar, ao passo que os demais são apenas notificados (art. 352.1); (c) a habilitação processa-se em autos apartados (art. 352.2), salvo se baseada em sentença passada em julgado ou documento proveniente de notário, hipótese em que se faz nos mesmos autos (art. 353.1); e (d) a habilitação pode ser pedida por quem ou em face de quem a condição de herdeiro penda de reconhecimento em outro processo (art. 354.1 e 2).

CAPÍTULO IX Da Habilitação

Art. 687. A habilitação ocorre quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.

1. Generalidades

Entende-se por sucessão processual o fenômeno por meio do qual se promove a alteração subjetiva superveniente do processo em curso (tanto no polo ativo, quanto no polo passivo), em decorrência de uma sucessão ocorrida no plano do direito material controvertido.¹⁶ Trata-se, pois, de uma adequação da formação subjetiva do processo a uma alteração na titularidade de posições jurídicas no plano do direito material, de modo a se preservar a "pertinência subjetiva" do primeiro em relação ao segundo. Nas hipóteses em que o direito material em disputa não admite sucessão,¹⁷ impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito, *ex vi* do art. 485, IX, do CPC/2015. De outro lado, se a transmissão do direito material acontecer antes da instauração do processo, a rigor não é caso de sucessão processual, já que o sucessor figurará como parte desde o início (devendo, nesse caso, comprovar sua condição de sucessor sob pena de, não o fazendo, ser considerado parte ilegítima).

16 Aplica-se igualmente para terceiros que tenham intervindo no processo, tais como o denunciado da lide e o assistente litisconsorcial, por exemplo, conforme propõe Nelson dos Santos, (*Código de Processo Civil interpretado*, Antônio Carlos Marcato (coord.), p. 795).

17 Imagine-se o exemplo de uma demanda judicial movida por candidato em um concurso público; se ele vem a falecer, o direito de ocupar o cargo público em disputa não se transmite aos herdeiros. Essa hipótese (de intransmissibilidade do direito material) é excepcional, pois na maioria dos casos, mesmo quando personalíssima a posição jurídica (como, *vg.*, o sujeito passivo de uma obrigação infungível), pode-se cogitar de sua conversão em pecúnia. O mesmo se pode dizer quanto a um pedido que, embora personalíssimo, implique obrigações pecuniárias como, por exemplo, um determinado benefício previdenciário intransmissível por herança: as parcelas vencidas continuam devidas (e, para tanto, os herdeiros podem se habilitar), restando descabida a cobrança das parcelas vencidas após o óbito (conforme entendimento consolidado no STJ ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, mas ainda subsistente à luz do Código de Processo Civil de 2015: *vide, vg.*, REsp 1057714/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.03.2010, DJe 12.04.2010 e REsp 498921/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezolini, j. 05.02.2004, DJ 25.04.2004).

2. Tipos de sucessão no plano do direito material

Costuma-se classificar as hipóteses de sucessão de acordo com dois critérios: (a) considerando-se a causa da sucessão, ela pode ser *inter vivos* ou *mortis causa*; (b) considerando-se a abrangência da sucessão, ela pode se dar a título universal ou singular. Os arts. 687 a 692 tratam primordialmente da sucessão *mortis causa*, ou singular. Os arts. 687 a 692 tratam primordialmente da sucessão *mortis causa*, a qual, na maioria dos casos, se dá a título universal, isto é, os herdeiros sucedem a falecido em todas as suas posições jurídicas ativas e passivas, tenham sido elas judicializadas ou não, desde que respeitada a regra do art. 1.792, parte inicial, do CC, segundo a qual "o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança". Apenas excepcionalmente é que se cogitaria de uma sucessão processual *mortis causa* a título singular: no caso do legatário, que, por força de disposição testamentária, recebe bem ou direito específico objeto de disputa judicial iniciada por parte do testador.

3. Aplicação dos arts. 687 a 692 por analogia a outras hipóteses de sucessão que não a *mortis causa*

Embora os dispositivos ora em comento sejam direcionados à sucessão *mortis causa*, não se pode deixar de considerar a possibilidade de aplicá-los, por analogia, a outras hipóteses de sucessão¹⁸ como, por exemplo: (a) a "alienação da coisa litigiosa", isto é, sucessão *inter vivos* a título singular (art. 109¹⁹); e (b) a sucessão de pessoas jurídicas a título universal por negócio jurídico (dissolução total,²⁰ cisão

18 Tal como foi cogitado, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, por Clóvis do Couto e Silva (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 11, t. 2, p. 481). Ademais, conforme já visto, trata-se de solução prestigiada, ao menos em parte, pelo texto expresso do CPC português (arts. 351, 354.3 e 356). Contudo, há doutrinadores que se posicionaram contrários a essa possibilidade, como Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. 2, p. 147).

19 Como era previsto no Regulamento 737 (art. 409), em alguns Códigos estaduais (v.g., art. 456, CPC/SP) e no próprio Código de Processo Civil de 1939 (art. 750). O art. 1061 do CPC/1973 (sem correspondente no Código de Processo Civil de 2015) dava a entender que a habilitação do adquirente ou cessionário só ocorreria no caso de morte do alienante ou cedente. A ausência de norma a respeito no Código de Processo Civil de 2015 fornece mais munção para se defender o cabimento da sucessão mesmo antes do falecimento do alienante ou cedente, desde que, evidentemente, o seu adversário do a aceitar (art. 109, § 1.º).

20 Aqui, há de se observar o art. 1.110 do CC, aplicável ao caso em que a liquidação da sociedade se ultima sem que se pague todos os credores: "Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos".

total,²¹ fusão e incorporação), por sentença (falência²² e dissolução total) ou por lei (no caso das pessoas jurídicas de direito público). Essa proposição atende à necessidade de oportunizar o contraditório incidental para modificação subjetiva do processo de forma mais estruturada.²³⁻²⁴

4. Aplicação dos arts. 687 a 692 por analogia à hipótese de incapacidade superveniente das partes

Entende-se que o regramento legal ora em exame deve ser observado igualmente em caso de incapacidade superveniente da parte. Constatado tal fato, deverá o juiz suspender o processo com base no mesmo fundamento do caso de morte (art. 313, I e § 1.º), até que o curador intervenha ou seja citado. A diferença está no fato de que a parte original não é sucedida, mas sim permanece como tal e o curador ingressa para o fim de integrar sua capacidade de ser parte (art. 71).

5. Modalidades de habilitação previstas no Código de Processo Civil de 1973

À luz dos arts. 1.055 a 1.062 do CPC/1973, a doutrina²⁵ discernia duas modalidades de habilitação: (a) a "habilitação incidente", que seria feita por petição inicial (art. 1.057), ensejaria autuação, contestação, instrução probatória e sentença (arts. 1.058 e 1.062); e (b) a "habilitação nos autos do processo", cabível a depender de quem era o sucessor e da prova que haveria de ser produzida a respeito (art. 1.060), a qual era processada independentemente de autuação em separado e decidida por simples decisão interlocutória.

21 Hipótese em que a empresa original é extinta, e duas ou mais empresas são criadas, solidariamente responsáveis por todos os débitos (art.233, da Lei 6.404/76).

22 A parte cuja falência foi decretada deve ser sucedida por sua massa falida, a ser citada na pessoa do administrador judicial (art. 75, V).

23 Essa mesma preocupação moveu Flávio Luiz Yarshell (O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial? *Processo societário II*. _____; Guilherme Setoguti J. Pereira, (coord.), p. 219-222) a propor que a técnica do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica fosse aplicada a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial, tais como fraude à execução. A essa opinião se alinhou Silas Silva Santos (*Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*, Tese (Doutorado), p. 182 ss.).

24 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 9, t. 2, p. 204) cogita a aplicação da habilitação no caso de abandono do processo coletivo, seja a ação popular (art. 9.º da Lei 4.717/1965), seja a ação civil pública (art. 5.º, § 3.º, da Lei 7.347/1985). Contudo, em ambos os casos há procedimento especificamente aplicável, o que afasta o regime do CPC, embora se trate igualmente de suceder o demandante por outro sujeito que se disponha a continuar a dar impulso processual.

25 V.g. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 256-258.

À luz dos arts. 689 e 691, pode-se inferir que essa dicotomia foi mantida, mas passou a ser baseada num único (e parcialmente diverso) critério: suficiência ou não da prova documental, para cabimento, respectivamente, da "habilitação nos autos" e "habilitação incidente" (que seria melhor definida como "habilitação em apartado", haja vista que a "habilitação nos autos" também é incidente, conforme adiante demonstrado).

Ademais, merecem destaque algumas simplificações que reduziram a importância da dicotomia: (a) a petição que requer a habilitação não precisará mais se revestir dos requisitos de petição inicial (conclusão que se infere do cotejo do art. 690 do CPC/2015 com o art. 1.057 do CPC/2015); e (b) a petição é dirigida aos próprios autos do processo em que deva ocorrer a sucessão e apenas se necessária a produção de prova diversa da documental é que ela será autuada em separado (art. 691).

A tendência é que a "habilitação apartada" seja bem rara, haja vista que, na esmagadora maioria dos casos, em que se mostra necessária a prova de filiação, matrimônio ou união estável, ela se cingirá à chamada "prova legal"²⁶ (certidões de nascimento e casamento ou decisão judicial que reconheça vínculo parental ou de união estável²⁷).

26 Moacyr Amaral dos Santos descreve que a prova legal pode ser considerada como sendo a "prova cujo valor é previsto pela norma jurídica, que visa a estabelecer a certeza relativamente ao fato presumido, isso em atenção à conveniência ou à utilidade de limitar-se, em relação a esse fato, o arbítrio do juiz na apreciação das provas, facilitando-se a decisão das questões de fato" (*Prova judiciária no cível e comercial*, vol. 5, p. 415). Cassio Scarpinella Bueno conceitua a prova legal na seguinte perspectiva: "Nenhum meio de prova é mais valioso que o outro. O que pode ocorrer - e ocorre com alguma frequência - é que a própria lei (material ou processual) exija uma específica prova como inerente à própria substância do ato. Isto, contudo, não transforma um meio de prova, abstratamente considerado, em hierarquicamente superior a outro. O que ocorre, diferentemente, é que para determinadas situações, o próprio direito exige, como da natureza, da substância do ato, uma específica forma que é, em última análise, a única maneira de se comprovar a sua existência. É o que se dá, por exemplo, com a propriedade do bem imóvel (que se prova pelo registro, art. 1.245, §§ 1.º e 2.º); com o casamento (que se prova pela certidão respectiva, art. 1.543), pela dívida da Fazenda Pública (que se comprova pela certidão de dívida ativa devidamente inscrita, arts. 2.º e 3.º da Lei 6.830/1980), apenas para dar alguns exemplos. Para essas específicas situações é que se pode falar não em hierarquia de prova, mas de uma prova específica - uma 'prova legal', segundo alguns - ou, como referem os arts. 215, *caput*, e 225 do Código Civil, uma 'prova plena'. O art. 366 refere-se, para admiti-la, à hipótese" (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. I, p. 259).

27 Mesmo nos demais casos de sucessão *inter vivos*, há documentos que, malgrado privados, ainda assim seriam essenciais à validade do ato (como, por exemplo, aqueles que espelham operações societárias de dissolução total, cisão, incorporação e fusão).

E nem se diga que seria possível ao juiz, por meio da "habilitação apartada", produzir ampla prova a fim de superar a falta da prova documental acima referida e, conseqüentemente, resolver eventual disputa sucessória. Isso porque a cognição na habilitação se dará apenas em caráter sumário (plano vertical) e parcial (plano horizontal). A esse ponto se dedica o item seguinte.

6. Cognição do juiz na habilitação

Ambas as formas de habilitação estão sujeitas a uma limitação cognitiva (tanto vertical, quanto horizontal), nela não cabendo discussões profundas sobre eventual litígio sucessório (aquilo que, no âmbito do inventário, seriam chamadas, à luz do Código de Processo Civil de 1973, de "questões de alta indagação"²⁸).

Nesse passo, não será a habilitação palco para que o sujeito obtenha a declaração de que é filho biológico da parte pré-morta, a qual será relegada a uma demanda autônoma de "investigação de paternidade". Tampouco poderá o requerente da habilitação comprovar a existência de união estável com a parte falecida, a ser discutida também em sede própria.

Tal cumulação (objetiva e subjetiva) de demandas só seria possível se fossem observadas, com as devidas adaptações, as regras previstas no art. 327, § 1.º, do CPC/2015 (aplicáveis à cumulação de pedidos feita na petição inicial, mas que devem balizar as demais formas de cumulações processuais).

28 A doutrina que se debruçou sobre essa expressão, à luz do Código de Processo Civil de 1973, assim a definiu: "A matéria foi mais bem aclarada no art. 984 do CPC vigente, ao afirmar que as questões de fato somente serão decididas no inventário quando o fato se achar provado por documento, reservando para os meios ordinários as mesmas questões quando sejam, de alta indagação ou demandam a produção de provas. Por alta indagação entenda-se, pois, não a questão jurídica de grande relevância, intrincada ou que seja de controvertida interpretação doutrinária ou jurisprudencial. A alta indagação, obstativa de apreciação no inventário, será aquela decorrente de uma situação de fato alegada e contestada, posta em dúvidas quanto à sua configuração e, por isso mesmo, exigindo a comprovação por outros meios, fora dos estreitos lindes do processo de inventário" (Nota dos atualizadores Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira a Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 60, p. 283). Embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha abandonado a expressão, o seu art. 612 manteve o mesmo sentido, como se pode observar: "Entretanto, como se trata de rito especial voltado precipuamente a inventariar e partilhar o acervo hereditário, e, portanto, de cognição horizontal parcial (...), as questões incidentais que demandarem dilação probatória e exigirem a prática de atos que fogem da finalidade do procedimento configuram, nos termos dos dispositivos, questão de alta indagação e, assim, deverão ser resolvidas em ação autônoma" (Rafael Knorr Lippmann, *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1596).

O primeiro obstáculo repousaria na questão de competência (art. 327, § 1º, II). No mais das vezes a habilitação seria instaurada perante juízo de 1º grau que não ostenta competência para julgamento de tais questões (pense-se em habilitação instaurada perante vara cível que envolve o julgamento de litígios em relações familiares). No caso da habilitação instaurada diretamente nos tribunais (como manda o art. 689), a incompetência despontaria ainda mais evidente, pois representaria supressão de um grau de jurisdição.

Haveria também a questão da incompatibilidade procedimental (art. 327, § 1º, III), bastando pensar-se na necessidade de se proceder a uma habilitação nos autos de um mandado de segurança, cuja cognição judicial é limitada.

Por fim, como toda cumulação, deve ela se governar por dois vetores: economia processual e harmonia de julgados. Quanto ao primeiro vetor, representaria rematado absurdo que a parte contrária ficasse sujeita a uma longa suspensão do processo até que a disputa sucessória fosse resolvida. Quanto ao segundo vetor, o expediente de que valeu o art. 110 é o de permitir que o espólio suceda a parte falecida, de modo a tornar irrelevante para o processo em que se deu a habilitação quem serão, de fato, os herdeiros que concorrerão no respectivo inventário.

Todos esses elementos levam a crer que o cabimento da "habilitação apartada" – isto é, aquela em que se exige prova diversa da documental – será bem excepcional.

7. Posição e natureza jurídica do procedimento de habilitação

A habilitação não deveria figurar no Livro dedicado aos procedimentos especiais, pois efetivamente não ostenta essa natureza. Alinhados ao entendimento esposado no introito a este volume, entendemos por procedimento especial o conjunto de regras que alteram aspectos do procedimento comum com a finalidade de adequá-lo às exigências específicas de um determinado direito material e, assim, permitir que ele seja tutelado de maneira mais efetiva. A habilitação não se presta à tutela de um direito material em específico, mas sim toda e qualquer posição jurídica (ativa ou passiva) de direito material titularizada por pessoa física e passível de transmissão *mortis causa* (e, subsidiariamente, a outras modalidades de sucessão, como acima dito).

Ademais, à luz das considerações acima traçadas, resta ainda mais claro que se trata de mero incidente processual,²⁹ instituído no curso de qualquer modali-

29 Nesse sentido, confira-se Carlos E. Elias de Oliveira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (Org.), p. 921). Apesar disso, o art. 313, § 2º, usa inapropriadamente a expressão "ação de habilitação".

dade de processo ou procedimento (seja cognitivo ou executivo, seja comum ou especial³⁰), até mesmo em grau de recurso,³¹ ensejando o exercício de cognição sumária e parcial (conforme já destacado), sem ostentar objeto litigioso próprio.

Nesse passo, tais regras relativas à habilitação deveriam ter sido inseridas na Parte Geral do CPC, no capítulo pertinente à "sucessão das partes dos procuradores" (arts. 108 a 112).³²

30 A mesma crítica pode se dirigir à manutenção do incidente de "restauração de autos" dentre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (arts. 712 a 718), adiante comentados.

31 É o que dispõe o art. 689, adiante comentado. Se a habilitação constituísse ação de competência originária dos tribunais, não poderia ser validamente inserida pelo CPC dentre o rol de atribuições do STF e do STJ, à falta de previsão nos arts. 102, I e 105, I, ambos da Constituição Federal. A despeito disso, os regimentos internos de ambas as Cortes preveem normas a respeito (arts. 288 a 296 e arts. 283 a 287, respectivamente).

32 Durante os trabalhos da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de Novo CPC, o Instituto Brasileiro de Direito Processual organizou grupos para discussão e elaboração de propostas ao texto que então se achava em gestação. O grupo dedicado aos procedimentos especiais foi coordenado por Cassio Scarpinella Bueno e dele teve a honra de participar. Dentre as sugestões por mim lá apresentadas (e que foram aprovadas pelo grupo, encaminhadas à Comissão de Juristas, mas por ela não consideradas) estava justamente a transposição das regras atinentes à habilitação para o capítulo destinado à "Sucessão das partes e dos procuradores", com a seguinte redação (a numeração dos artigos observa o Código de Processo Civil de 1973):

"Art. 42. (...) § 4º. Falecendo o alienante ou o cedente, poderá o adquirente ou o cessionário prosseguir na causa, juntando aos autos o respectivo título e provando a sua identidade (N.R.).

Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes do processo que verse direito transmissível, o juiz suspenderá o processo, e determinará a sucessão do falecido pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, mediante incidente de habilitação, seguindo-se o disposto neste artigo. § 1º. A habilitação pode ser determinada de ofício pelo juiz ou requerida: I – pela parte adversa do falecido; II – pelo espólio do falecido; ou III – pelos herdeiros ou sucessores do falecido. § 2º. O pedido deve ser munido dos seguintes documentos:

I – Certidão de óbito, salvo quando a habilitação for determinada de ofício, requerida pela parte adversa do falecido, hipótese em que se admite qualquer prova documental do falecimento; II – Quando formulado pelo espólio, certidão de objeto e pé do inventário ou arrolamento da qual conste a nomeação do inventariante; III – Quando formulado pelo cônjuge e herdeiros necessários, documento público que prove essa qualidade ou, quando não houver documento público que prove a condição de cônjuge ou herdeiro necessário, a sentença passada em julgado houver atribuído ao habilitando a qualidade de herdeiro ou sucessor ou a ainda prova de inclusão desse no inventário do falecido, sem oposição. § 3º. Quando não houver requerido a instauração do incidente, a parte adversa será intimada na pessoa do seu advogado a manifestar-se a respeito no prazo de 5 (cinco) dias, bem como serão citados pessoalmente, se o caso, os herdeiros e sucessores que não tenham subscrito o pedido, para manifestação no prazo comum de 5 (cinco) dias, contados da juntada do mandado da última citação cumprida. § 4º. O juiz poderá oficiar quaisquer órgãos públicos a fim de descobrir a existência de sucessores da parte falecida ou requerer, para tanto,

A doutrina, contudo, em geral reconhece que a habilitação teria, sempre, a natureza de verdadeira demanda³³ ou, quando menos, diferencia a natureza da habilitação nos autos do processo (mero incidente) e a habilitação apartada (verdadeira demanda³⁴).

8. Quem figurará como sucessor?

Cabe evidentemente ao direito material definir quem é o sucessor. Ainda assim, o CPC fornece alguns elementos para enfrentamento dessa questão. O art. 687 peca pela vagueza ao se referir aos sucessores como "interessados". O art. 110 é um pouco mais preciso, mas ainda deixa margem a dúvidas, ao falar de "sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores". Entende-se que não há qualquer margem para escolha: (a) se o inventário da parte falecida já foi aberto, mas ainda não foi ultimada a partilha, a sucessão deve ser feita pelo espólio, a ser citado na pessoa do inventariante;³⁵ (b) se já se ultimou a partilha, os herdeiros serão os

colaboração do advogado do falecido, se necessário for. § 5º. Após as providências previstas nos parágrafos anteriores, o juiz determinará a substituição da parte falecida por seu espólio, herdeiro ou sucessores, com base na prova apresentada de acordo com o §2º deste artigo, ordenando-se as anotações devidas e retomando-se imediatamente o curso do processo. § 6º. A habilitação dos herdeiros e sucessores que não apresentarem a prova exigida de acordo com o §2º, III, deste artigo será negada, sem prejuízo de, nas vias ordinárias, lhes ser reconhecida essa condição, permitindo a reapresentação do pedido de habilitação. § 7º. A qualquer tempo, o herdeiro ou sucessor que não foi citado poderá apresentar pedido de habilitação, sem prejuízo dos atos até então praticados pelos demais. § 8º. Achando-se a causa no tribunal, a habilitação processar-se-á perante o relator. § 9º. Declarada a ausência ou determinada a arrecadação da herança jacente, o juiz procederá de acordo com os arts. e, respectivamente. (N.R.)

33 À luz do Código de Processo Civil de 1973: Daniel Amorim Assumpção Neves (*Manual de direito processual civil*, p. 1610). Já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, Marcela Melo Perez, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (org.), p. 1003.

34 A lume do Código de Processo Civil de 1973: Hamilton de Moraes e Barros (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 9, p. 402). Já em face do Código de Processo Civil de 2015, Claudia Elisabete Schwerz Cahali (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1672).

35 Em que pese o fato de a transmissão da herança ser imediata (art. 1.784 do CC), a pendência da partilha implica a existência de um ente denominado espólio, cuja representação cabe ao seu inventariante (art. 75, VII) ou administrador provisório (art. 613). Nesse sentido, confira-se Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1541) e o seguinte julgado do STJ: "enquanto não há partilha, é a herança que responde por eventual obrigação deixada pelo de cujus e é do espólio a legitimidade passiva ad causam para integrar a lide" (REsp 1424475 / MT, 3ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 11.03.2015).

sucessores;³⁶⁻³⁷ e, por fim, (c) se não houve abertura do inventário, o sucessor será o espólio, a ser citado na pessoa do administrador provisório (art. 613 do CPC/2015), sem prejuízo de o credor abrir inventário (valendo-se da legitimidade que lhe confere o art. 616, VI, do mesmo diploma). Conforme acima já pontuado, entende-se que a sucessão pelo espólio é a mais econômica, pois não se exige do juiz a análise das relações jurídicas deixadas pela parte falecida.

Art. 688. A habilitação pode ser requerida:

- I – pela parte, em relação aos sucessores do falecido;
- II – pelos sucessores do falecido, em relação à parte.

1. Generalidades

O juiz pode tomar conhecimento do falecimento de uma das partes de três formas distintas: (a) por meio de simples notícia de qualquer dos sujeitos processuais parciais ou imparciais, bem como de terceiros; (b) *ex officio*, por intermédio dos meios de comunicação (como, v.g., obituários ou notícias jornalísticas); e (c) por meio de petição que, desde logo, aproveita o ensejo para pleitear a respectiva habilitação.³⁸ Em qualquer dos casos, é de rigor que decrete a suspensão do processo (nos termos do que dispõem os arts. 110, 313, § 1.º e 689), a qual vigorará até que julgada a habilitação. Nos casos descritos nas alíneas "a" e "b", supra, o juiz deverá designar um prazo para que se realize a habilitação, o qual será necessariamente de "no mínimo 2 (dois) e no máximo 6 (seis) meses", nos termos do art. 313, § 2.º, I.

2. Legitimidade ativa

Embora a redação do dispositivo não seja das mais claras, é possível inferir que a legitimidade para instauração do incidente recai sobre o adversário do fale-

36 Em se tratando de sucessão em uma posição jurídica de direito material passiva, os herdeiros, uma vez habilitados, terão o ônus atribuído pelo art. 1.792 do CC de provar que a dívida supera a "força da herança" e que, portanto, não poderiam responder além dela.

37 Eventualmente haverá, portanto, duas sucessões: a primeira da parte falecida pelo espólio (enquanto pendente o inventário) e a segunda do espólio pelos herdeiros (tão logo terminado o inventário).

38 O juiz deverá diligenciar para obtenção da certidão de óbito, caso esse fato seja noticiado desacompanhado de tal documento, que é o único hábil a comprová-lo, nos termos do art. 77 da

Lei 6.015/1973, conforme lembrado por Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1540).

Art. 690. Recebida a petição, o juiz ordenará a citação dos requeridos para se pronunciarem no prazo de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. A citação será pessoal, se a parte não tiver procurador constituído nos autos.

1. Generalidades

O art. 690 trata da forma de instauração da “habilitação nos autos” (e dos atos a serem praticados em seguida), mas haverá de aplicar-se também à “habilitação apartada”, cujo cabimento seria constatado após a apresentação da peça, à luz da necessidade de instauração de instrução probatória.

2. Forma da petição

O dispositivo dispõe sobre a instauração pleiteada por “petição”, sem se referir à necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 319 (que, em sua grande maioria, seriam realmente inaplicáveis). Ainda assim, há que se reconhecer a necessidade de declinar os dados pessoais dos sucessores (inc. II)⁴⁵ e os fatos e fundamentos jurídicos que justificam a sucessão (inc. III). Em se tratando de “habilitação nos próprios autos”, a petição deve ser acompanhada dos documentos que atestam o falecimento (se já não estiverem nos autos) e o vínculo entre falecido e sucessores (certidões de nascimento ou casamento, bem como decisão judicial que reconheça vínculo parental ou de união estável), que se poderiam considerar “essenciais” à habilitação (nos termos do art. 320), pois enquadráveis na (controvertida) categoria das “provas legais”.

3. Citações

No caso da habilitação espontânea promovida por todos os sucessores, haverá apenas comunicação à parte adversa, na pessoa de seu advogado, por meio eletrônico ou pela imprensa oficial (embora denominado “citação”, entende-se que esse ato se amolda à hipótese de intimação, regida pelos arts. 269 e ss.).

No caso de habilitação espontânea promovida por apenas parte dos sucessores, haverá de ser feita também a citação dos demais (observando-se o que dispõem os arts. 238 e ss.).

⁴⁵ Isto é, os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência dos sucessores.

Por fim, no caso de habilitação provocada, todos os sucessores também serão citados nos termos dos arts. 238 e ss.

4. Prazo para manifestação e consequências da omissão do requerido em se manifestar tempestiva e validamente

Entende-se que o prazo para manifestação da parte citada para o incidente segue a regra geral do sistema processual civil brasileiro e é, portanto, preclusivo (art. 223).

Contudo, é difícil reconhecer que, a despeito do silêncio da parte requerida, o requerente da habilitação esteja dispensado de produzir prova dos fatos alegados à guisa de fundamentos da sucessão, a despeito de terem se tornado incontroversos (art. 374, III⁴⁶). Conforme destacado nos comentários ao art. 687, a habilitação é campo propício para a chamada “prova legal”, de tal modo a se aplicar aqui, por analogia, o disposto no art. 345, III, isto é, afastando-se a presunção de veracidade sobre fato que só poderia ser comprovado por documento público (certidões de nascimento e casamento ou decisão judicial que reconheça vínculo parental ou de união estável). Mesmo nos demais casos de sucessão *inter vivos*, há documentos que, malgrado privados, ainda assim seriam essenciais à validade do ato (como, por exemplo, aqueles que espelham operações societárias de dissolução total, cisão, incorporação e fusão). Ou seja, a despeito da omissão do requerido, o juiz continua incumbido de analisar a prova produzida, até porque ela toca a legitimidade *ad causam*, matéria cognoscível *ex officio* (arts. 337 § 5.º, e 485, VI e § 3.º).

5. Efeitos da improcedência da habilitação

Se restar julgada improcedente a habilitação – isto é, se se reconhecer que a parte que se apresentou ou foi apresentada como sucessora não o é – duas alternativas se colocam: (a) ou se constata que não há sucessores, hipótese em que se aplicará o procedimento de herança jacente (arts. 741 a 743); (c) ou se retomam as buscas pelo real sucessor (nos termos do art. 313, § 2.º), com os problemas daí decorrentes, já destacados por ocasião dos comentários anteriores.

⁴⁶ Não se aplica, aqui, o fenômeno da revelia (art. 344), por se entender que a habilitação não encerra demanda e a manifestação da parte citada não configura contestação. Entretanto, o efeito da falta de impugnação tempestiva e válida a um fato alegado por uma parte é o mesmo: a desnecessidade de produção de prova, nos termos do art. 374, III.

Art. 691. O juiz decidirá o pedido de habilitação imediatamente, salvo se este for impugnado e houver necessidade de dilação probatória diversa da documental, caso em que determinará que o pedido seja autuado em apartado e disporá sobre a instrução.

1. Generalidades

Conforme itens 4 a 6 aos comentários ao art. 687, supra, a habilitação pode assumir duas formas, a depender da modalidade de prova cuja produção reclamar. Em se tratando de prova meramente documental, se tratará de “habilitação nos próprios autos”, a ser decidida, após o contraditório, por simples decisão interlocutória. Já nos casos (excepcionais) em que se exigir outro meio de prova que não o documental, tratar-se-á de “habilitação apartada”.

2. Procedimento da “habilitação apartada”

Constatando o juiz a necessidade de produção de outra prova que não a documental e a possibilidade de fazê-lo (a despeito das limitações à sua cognição nesse incidente), o juiz deverá desentranhar a petição a que alude o art. 690 e as peças dos atos subsequentes (incluída a resposta da parte citada) para autuação em separado. A partir de então, abre-se a fase instrutória para subsequente sentença. Seguem-se, à falta de regulamentação a respeito,⁴⁷ as normas aplicáveis ao procedimento comum, no que couberem.

Art. 692. Transitada em julgado a sentença de habilitação, o processo principal retomará o seu curso, e cópia da sentença será juntada aos autos respectivos.

1. Generalidades

Entende-se que o dispositivo se aplica exclusivamente à “habilitação apartada”, pois é apenas nela que se poderia cogitar a existência de “sentença”, cuja “cópia” precisa ser trasladada para os autos do “processo principal”. Ainda assim, tais disposições não contradizem o entendimento, assentado nos comentários ao art. 687, segundo o qual mesmo a “habilitação apartada” constitui mero incidente processual pelas razões lá já expostas.

47. O Código de Processo Civil de 1973 mandava aplicar, no caso de habilitação apartada, o procedimento cautelar (art. 1058 c.c. arts. 802 e 803), que já não mais existe autonomamente.

2. Natureza da decisão que resolve a “habilitação apartada”

Numa interpretação sistemática e histórica do art. 691, resta claro que a decisão que julga a habilitação incidental é interlocutória e, numa interpretação do inc. IX do art. 1.015, chega-se ao entendimento de que dela cabe agravo de instrumento.⁴⁸

Já a decisão que julga a habilitação apartada, embora também tenha inequivocamente natureza de incidente processual, teria natureza de sentença à luz do art. 692. A rigor, considerando-se o conceito básico de sentença haurido do art. 203, § 1.º, do CPC/2015, realmente essa decisão nele não se encaixaria, pois não resolve, propriamente, mérito (na acepção dos arts. 485 e 487 e demais dispositivos do Código) e tampouco põe fim à fase cognitiva do procedimento comum. Contudo, o mesmo art. 203, § 1.º, ressalva a aplicação desse conceito básico aos “procedimentos especiais”, dentre os quais se acha (embora indevidamente) a habilitação. Assim, ainda que incoerente e reprovável a solução dada pelo Código, não há espaço para fugir da realidade. Nas hipóteses raríssimas em que se adotar a forma de “habilitação apartada”, a decisão que a julgar será sentença (art. 692), sujeita a apelação (art. 1.009).

Entende-se, de toda forma, que, sobretudo à luz do Código de Processo Civil de 2015, há dúvida na doutrina sobre a natureza jurídica da decisão que julga a habilitação⁴⁹ e, conseqüentemente, sobre o recurso dela cabível, o que enseja a necessidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

48. Pode-se entender, na linha do processo português, que os herdeiros ou o espólio são terceiros em relação ao processo e que, por meio da habilitação, interveem provocada ou espontaneamente.

49. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1512) sustentam a natureza de sentença. Já Claudia Elisabete Schwerz Cahali, *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 1675 propugna tratar-se de decisão interlocutória, apesar da expressa disposição legal (art. 692) e em que pese entender que dela caberia apelação.