

## EMBARGOS DE TERCEIRO OU EMBARGOS DO DEVEDOR: FUNGIBILIDADE DE AÇÕES

Revista de Direito do Trabalho | vol. 122/2006 | p. 237 - 242 | Abr - Jun / 2006  
DTR\2006\284

Flávio Luiz Yarshell

Professor Livre Docente Associado do Depto. de Direito Processual da USP.

Área do Direito: Civil; Processual

Sumário:

Honra-me os bacharéis Kleber Luiz Zanchim, Fábio Floriano Melo Martins, Larissa Maria Galimberti Afonso e Daniel Raichelis Degenszajn encaminhando consulta, com pedido de parecer, relativamente à questão formulada em exame realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo - OAB/SP, para admissão em seus quadros, em que figuraram os consulentes como candidatas.

Narram os consulentes ter sido formulada questão com este conteúdo:

"PONTO 3 - Empresa de Cosméticos Cara-Pintada Ltda, situada na cidade de Osasco (SP) é fabricante de toda a linha de maquiagem Beija-Flor e fornece produtos para MM Loja de Departamentos S/A, localizada em São Paulo (SP). Suzana Costa adquire o kit vendido pela loja contendo batom, sombra, rímel, perfume, cremes para o corpo e rosto e paga pelo produto R\$ 1.000,00. Todavia, o uso dos produtos provoca séria alergia em Suzana que se vê obrigada a custear um tratamento dispendioso, necessitando de internação hospitalar e repouso de duas semanas. Ingressa com ação de reparação de danos contra as empresas e obtém a condenação solidária que as obriga à indenização de R\$ 300.000,00 em razão dos danos morais e materiais sofridos. A ação é proposta em Santos (SP), local onde reside Suzana. Na fase de execução definitiva do julgado, tem-se conhecimento que as empresas confundiram seus patrimônios com os dos sócios, baixaram suas portas e encerraram suas atividades de modo irregular. O Juiz, aplicando o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor entende por bem desconsiderar a pessoa jurídica, ordenando que a execução prossiga contra seus sócios, entendendo que todos eles são responsáveis secundários pela dívida. Tal decisão foi proferida em janeiro de 2005.

No ato de penhora, é apreendido um imóvel residencial situado em São Paulo, na Vila Olímpia, avaliado em R\$ 400.000,00 de propriedade de Paulo Torto, sócio minoritário que detém 1% do capital social da 1.<sup>a</sup> empresa e 2% da 2.<sup>a</sup>. Paulo adquiriu o imóvel através de sucessão hereditária, conta com 70 anos de idade e é o único bem que possui para sua moradia.

Questão: Como advogado(a) de Paulo promova a ação cabível, observando que os sócios majoritários eram administradores da sociedade e que Paulo Torto não teve qualquer administração na gestão societária. Considere, ainda, que Paulo Torto tem conhecimento que [sic] os sócios majoritários possuem diversos bens livres e desembaraçados que possam sofrer a constrição no município por onde corre a execução" (grifamos).

Dizem os consulentes que elegeram como medida adequada para defesa dos interesses de "Paulo" a ação de embargos de terceiro, mas noticiam que a resposta oficial fornecida pela OAB/SP indicou como única medida cabível - e, portanto, única resposta correta - os embargos do devedor (ou embargos à execução, conforme terminologia que designa o mesmo instituto).

Diante disso e de sua iminente reprovação, indagam se a medida que elegeram e que integrou o conteúdo de sua resposta poderia ser considerada igualmente correta.

Tenho convicção de que a resposta é positiva.

No âmbito doutrinário, tratando da questão da "fungibilidade de ações" - isto é, das hipóteses em dois ou mais remédios podem se prestar a uma mesma finalidade - já tivemos oportunidade de dizer que "O tema, como se percebe, sugere a existência de múltiplos canais de acesso ao Judiciário, todos eles aptos a conduzir à tutela de direitos no âmbito jurisdicional". <sup>1</sup>(grifei)

Embora então partíssemos da idéia de que a ação é um poder e que assim não comporta propriamente fungibilidade, reconhecemos que a idéia de "ações fungíveis" não pode ser descartada: "primeiro, porque é preciso identificar, ao menos grosso modo, a que fenômeno poder-se-ia referir essa dita 'fungibilidade'; segundo, porque - expurgadas as imprecisões que a locução possa encerrar - ela é simpática às idéias de alargamento das vias de acesso ao Judiciário, bem como de universalidade e efetividade da tutela jurisdicional". <sup>2</sup>Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque ensina que à luz das idéias que informam o princípio da fungibilidade, "a substituição de uma via por outra não deve obstar ao exame da pretensão exposta pela parte". <sup>3</sup>(grifei)

Tendo examinado a fungibilidade âmbito recursal, dissemos que ela "não é propriamente dos fundamentos ou do pedido deduzidos pelo recorrente. Imperfeições dessa natureza afetariam a admissibilidade recursal não sob o ângulo do cabimento do recurso, mas sob a ótica de sua regularidade formal e, provavelmente, acabariam impedindo o conhecimento do recurso. Ao menos em princípio, o órgão ad quem fica adstrito aos termos da impugnação, isto é, aos limites (em extensão) da devolução, dada a incidência, também no grau recursal, do princípio dispositivo. Por isso, quando se pensa na fungibilidade recursal, não se trata propriamente de conferir 'fungibilidade' ao pedido ou aos fundamentos contidos no recurso. Daí concluímos que "A fungibilidade recursal, dessa forma, refere-se tão somente à possibilidade de 'correção' ou adequação da forma e da competência para processamento e julgamento de um dado recurso, preservando-se os fundamentos e a pretensão recursal manifestadas". <sup>4</sup>

Também analisamos a situação dos chamados interditos possessórios. Entre nós, lembramos, "a regra expressa do art. 920 do CPC (LGL\1973\5) faculta que o juiz 'conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados'. A fungibilidade, aí, diz respeito simultaneamente à causa de pedir e, por consequência, ao pedido, com reflexos diretos sobre o provimento e sobre os atos tendentes a lhe dar eficácia prática (execução)". <sup>5</sup>

Vimos ainda a fungibilidade da ação cautelar. Entre nós, a regra do art. 805 fala expressamente na substituição da "medida cautelar" pela "prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido", em fenômeno que a doutrina qualificou exatamente como de "fungibilidade" da medida cautelar. Não há dúvida, dissemos, "de que, aí, a 'fungibilidade' recai sobre a providência (ou provimento) cautelar, de modo a, por eficácia jurídica e prática diversa da pleiteada ou anteriormente ordenada, lograr-se o mesmo objetivo de preservar utilidade e eficácia do provimento principal".

Também asseveramos que "no âmbito da tutela cautelar, a fungibilidade pode ser cogitada nos fundamentos, isto é, na causa de pedir. O raciocínio não é precisamente o mesmo empregado no caso das chamadas ações possessórias. Quando, na cautelar, fala-se dessa fungibilidade pelos fundamentos, cogita-se, novamente, do cabimento de determinada providência nominada fora das 'hipóteses previstas pela lei' ".

Por derradeiro, lembramos que a "fungibilidade" pode dizer respeito a fenômeno ainda diverso daqueles anteriormente mencionados. Com efeito, "há casos em que fundamentos e pedidos essencialmente iguais são admitidos - ainda que pragmaticamente - por 'vias' processuais diversas. Exemplos disso já foram mencionados e, apenas para seguir neste raciocínio, podem alguns ser lembrados ou acrescentados quanto a esse sentido de 'fungibilidade': a) entre ação rescisória e mandado de segurança para atacar sentença transitada em julgado; b) entre ação

rescisória e declaratória de nulidade para desfazer sentença em processo com vício de falta ou nulidade de citação; c) entre a chamada ação de adjudicação compulsória e a dita ação condenatória "dos arts. 466-A, 466-B e 466-C da Lei 11.235 de 2005"; d) entre os embargos do devedor e os embargos de terceiro, em certas hipóteses". <sup>6</sup>(grifei)

A propósito dessa particular, que confronta os embargos do devedor e os embargos de terceiro, destacamos em nota:

"A questão - formulada por Theotonio Negrão - consiste em saber 'se os embargos de terceiro podem ser conhecidos como embargos à execução, quando focalizarem matéria pertinente a estes'. A jurisprudência colacionada é indicativa da admissibilidade (...). Tratando particularmente da questão do 'remédio' que deve ser manejado pelo cônjuge do executado, Negrão lembra a existência da Súm. 134 do STJ, que faculta àquele, ainda que intimado da penhora, a interposição de embargos de terceiro. Nesse caso, observa Negrão, o cônjuge teria uma 'dupla legitimidade': uma, para aforar embargos do devedor, pretendendo discussão acerca do débito; outra, direcionada à constrição judicial, objetivando a preservação de seu patrimônio (...)". Analisando diferentes hipóteses e um número expressivo de julgados, Negrão conclui, de forma a salientar a fungibilidade cogitada no texto: "Enfim, a matéria é complexa. Solução ideal será o conhecimento dos embargos de terceiro como embargos à execução (...), e vice-versa (...), desde que, em qualquer das hipóteses, no prazo para a respectiva oposição. Se a petição articular, ao mesmo tempo, matéria pertinente a ambos, deverá, de preferência, ser processada como embargos do devedor, se no prazo destes, ficando ressalvada à mulher a possibilidade de, ulteriormente e por peça diferente, opor embargos de terceiro, cujo prazo é mais dilatado" (...). A questão também é delicada na hipótese prevista pelo parágrafo 2.º do art. 1.046 do CPC (LGL\1973\5), que 'equipara' ao terceiro a própria parte, 'posto que figure no processo', para defesa de bens que, 'pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir', não possam ser atingidos pela apreensão judicial. Nesse caso, sempre evidenciando a questão da fungibilidade, o mesmo Theotonio Negrão, observa ser "mais prudente" a utilização dos embargos à execução (...)". <sup>7</sup>(grifamos)

Nesses casos, dissemos que a fungibilidade "não tem relação propriamente com a causa de pedir, porque, na hipótese de que se cogita, os fatos e fundamentos jurídicos expostos pelo demandante são os mesmos. Mas a 'fungibilidade' também não reside no provimento, porque os efeitos pretendidos e eventualmente concedidos serão os mesmos". Daí porque concluímos que "a 'fungibilidade' nesses casos, portanto, pode residir em dois elementos: primeiro, somente no nome ou no rótulo que se dá ao ato de demandar, ou mais propriamente à petição inicial que o formaliza; segundo, no procedimento". <sup>8</sup>(grifei)

José Roberto dos Santos Bedaque, no tocante ao rótulo da demanda, ou mesmo quanto à "forma" da inicial, ressalta que existem "formas inócuas, desnecessárias, sem razão de ser. Muitas se devem ao peso da tradição. Outras não têm qualquer explicação. Em todas há algo em comum: são absolutamente prescindíveis, pois em nada contribuem para o bom desenvolvimento do processo ou para preservar alguns princípios fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa". <sup>9</sup>Sem relevante razão de direito - e no caso parecer haver nenhuma - não se justifica discriminar medidas essencialmente similares, em razão da divergência quanto ao nome ou quanto a alguma formalidade dispensável da petição inicial" (grifei). E mais:

"Ainda nesses casos acima apontados, a 'fungibilidade' não parece ser mais do que fruto de uma imprecisão técnica do sistema, que diante de situações 'complexas', acaba adotando soluções pragmáticas. Estas, quando efetivamente reconhecem a diversidade dos 'canais' de acesso, cometem um mal menor, porque não inviabilizam o reclamo de tutela. Contudo, há sempre um risco nessa imprecisão, dado que a adequação da 'via eleita', como visto, integra a condição da ação interesse de agir, não sendo raros os casos em que, até mesmo de uma forma perversa para o jurisdicionado, a tutela é aprioristicamente negada (em juízo de admissibilidade) a pretexto do 'remédio

inadequado', quando a própria jurisprudência é imprecisa a respeito da matéria. É preciso, portanto, uma dose redobrada de cautela, antes de se por fim a um dado processo, a pretexto de que a 'via' eleita não foi a adequada".<sup>10</sup>

Além disso, "como há dissenso tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, não pode ser rejeitada qualquer dessas alternativas, pois a parte não pode ser submetida aos rigores técnicos inerentes a esta ou àquela corrente. Deixar de examinar o pedido nesses casos, por entender não adequada a via escolhida pelo recorrente, é instaurar insegurança na relação processual".<sup>11</sup>(grifei)

Portanto, tais argumentos parecem-me suficientes para concluir que pode e deve ser reconhecida a fungibilidade entre as duas medidas; o que é perfeitamente válido e aplicável para a situação posta aos candidatos. Aliás, a jurisprudência mais recente confirma essa tendência:

"Execução - Embargos do devedor - Desconsideração da personalidade jurídica - Inclusão de sócio no pólo passivo - Embargos de terceiro - Fungibilidade recursal - Admissibilidade - Reconhecimento.

Decretada a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio arrostado para o pólo passivo da execução deve manejar embargos do devedor e não de terceiro; contudo, aplicando-se o princípio da fungibilidade, nada impede sejam os embargos de terceiro recebidos como de execução" (grifamos).

Ap s/ rev. 842.353-00/8 [<http://www.stac.sp.gov.br/acordaos/84235300.tif>]

- 1.<sup>a</sup> Câ., rel. Juiz Vanderci Álvares, j. 12.04.2004.

Sobre o tema

Fonte:

Ap s/ rev. 842.353-00/8 [<http://www.stac.sp.gov.br/acordaos/84235300.tif>]

- 1.<sup>a</sup> Câ., rel. Juiz Vanderci Álvares, j. 12.04.2004, com as seguintes referências: RT 780/47 (DTR\2000\659); 818/36; REsp 13.458; REsp 31.347; REsp 139.199; REsp 508.333.

Convém apenas fazer um registro: não se desconhece a prerrogativa de que é investida a comissão examinadora de julgamento segundo seus próprios critérios de avaliação. Contudo, o reconhecimento da fungibilidade entre vias processuais cabíveis - de que resulta a admissibilidade de duas respostas corretas - é dado objetivo que, na linha da jurisprudência, pode ser invocado pelos candidatos sem que com isso seja ferida ou diminuída aquela prerrogativa.

Portanto, ratifica-se a conclusão de que, no caso sob exame, a indicação dos embargos do devedor e a dos embargos de terceiro podem e devem ser tidas como corretas.

É o parecer.

São Paulo, 30 de março de 2006.

---

1 Cf. YARSHELL. Tutela jurisdicional. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 123.

2 Cf. YARSHELL, idem.

3 Cf. BEDAQUE. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. Tese apresentada ao concurso para cargo de professor titular de direito



---

processual civil da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2005, p. 113.

4 Cf. YARSHELL. op. cit., p. 124.

5 Cf. YARSHELL, idem, p. 125.

6 Cf. YARSHELL, op. cit., pp. 127/128.

7 Cf. YARSHELL, op. cit., p. 126, nota 197.

8 Cf. YARSHELL, op. cit., p. 129. Certo, também, que haverá repercussão, conforme a "via" processual, quanto à competência.

9 Cf. BEDAQUE, op. cit., p. 119.

10 Cf. YARSHELL, op. e loc. cit.

11 Cf. BEDAQUE, op. cit., p. 117.