



## EMBARGOS DE TERCEIRO: QUESTÕES POLÊMICAS

Revista dos Tribunais | vol. 833/2005 | p. 54 - 65 | Mar / 2005  
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 8 | p. 1145 - 1161 | Out / 2011  
DTR\2005\200

José Rogério Cruz e Tucci

Professor Livre Docente e Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assessor ad hoc da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Ex-Presidente da associação dos Advogados de São Paulo. Advogado em São Paulo.

Área do Direito: Penal

Sumário:

1. Introdução - 2. Perfil conceitual - 3. Traço peculiar: apreensão judicial - 4. Legitimação ad causam - 5. Oportunidade e competência - 6. Petição inicial e audiência de justificação - 7. Concessão de liminar antecipatória - 8. Citação e âmbito da resposta do embargado - 9. Sentença e sucumbência - 10. Apelação e coisa julgada - Bibliografia

### 1. Introdução

O instituto dos embargos de terceiro descortina-se deveras importante, a despeito de a doutrina pátria tê-lo desconsiderado por longos anos<sup>1</sup>.

Depois da monografia de Luiz Ambra<sup>2</sup>, escrita ainda sob a égide do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1939, a tese de doutorado (não publicada), de Donaldo Armelin<sup>3</sup>, passou a constituir significativo subsídio àqueles que pretendiam investigar mais a fundo o referido mecanismo processual.

Mais recentemente, o tema despertou acentuado interesse, sendo certo que, nos últimos anos, pelo menos três obras específicas foram escritas a respeito do assunto.<sup>4</sup> Importa também sublinhar que, hoje em dia, os precedentes judiciais que enfrentam a problemática atinente aos embargos de terceiro apresentam elevado grau de consistência, fator esse que imprime aos operadores do direito maior domínio do remédio processual ora examinado.

Como ainda persistem pontos que se afiguram polêmicos, permito-me, no presente estudo, procurando cooperar com o atual debate acerca dos embargos de terceiro, emitir considerações sobre alguns aspectos pertinentes, ao mesmo tempo em que muito me honra participar de coletânea em homenagem ao ilustre Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, o qual, aliás, sob outra perspectiva, já se ocupou dos embargos, em clássica monografia intitulada: Embargos de nulidade e infringentes do julgado.<sup>5</sup>

### 2. Perfil conceitual

Não se discute que os embargos, como instrumento processual para obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão, são criação original do direito lusitano reinol, sem qualquer antecedente conhecido, afirmando os especialistas que de análogo remédio não se encontra o menor vestígio no direito romano, no germânico ou no canônico, e tampouco nos ordenamentos jurídicos da civilização ocidental, construídos em decorrência da influência daqueles três grandes sistemas, de que a rigor todos são derivados.<sup>6</sup>

No antigo sistema processual lusitano, embora as Ordenações Afonsinas (1446) já contemplassem os embargos como meio para impedir a contestação da lide ou para obstar a prolação de sentença de mérito, para opor-se à execução ou à arrematação e, ainda, para obter a sanção de dúvidas contidas no ato decisório, foi somente no regime



das Ordenações Manoelinas (1521) que se tornou possível a defesa, em processo alheio, do direito de quem não figurava como parte.

Com efeito, lê-se em 3.71.2 do diploma manoelino ( Das execuções que fazem geralmente por as sentenças e embarguos que se aleguam a non se fazerem) que: "... e mandamos, que vindo algũa pessoa a embargar algũa, em que se peça a execuçam, assim movel, como de raiz, por dizer que a dita cousa pertence a elle, e que nom foi ouvido sobre ella, e que, por tanto nom deve seer entreue ao vencedor, ou aleguar outro qualquer embargo a se nom dar a sentença e execuçam, que em tal caso a execuçam se faça ao condenado e sendo a razam do embargo, com que tal terceiro embarguante vem, tal que por Direito lhe deva ser recebida, o vencedor dará fiança aa cousa de que alli se pedem a execuçam, e lhe será entregue; e nom a dado será posta dita cousa em que alli se faz execuçam em poder de huê terceiro atee finalmente se determinar sobre dito embargo".

Com redação mais aperfeiçoada, tal possibilidade reservada ao terceiro foi também acolhida nas sucessivas Ordenações Filipinas, em 3.86.17.

Elucida, a propósito, Donaldo Armelin que, do texto filipino, é possível extraírem-se alguns traços marcantes para identificar aquele meio de defesa com os embargos de terceiro: conexão com o processo de execução e constrição sobre bem móvel ou imóvel. Não obstante, a natureza de ação autônoma ainda não se caracteriza, uma vez que a cognição dos embargos tinha lugar no bojo do próprio processo de execução.<sup>7</sup>

Seja como for, percebe-se que as leis lusitanas não faziam qualquer restrição quanto à legitimidade ativa do terceiro embargante, podendo ser ele senhor ou simplesmente possuidor do bem constrito.

Pelo natural condicionamento histórico do direito processual brasileiro, o termo embargos foi acolhido pela linguagem técnica de nosso processo civil para designar, em regra, como ação ou recurso, inúmeros institutos.

Como embargos de terceiro, o CPC (LGL\1973\5) disciplina, nos arts. 1.046 a 1.054, o procedimento especial de uma demanda incidental, cuja precípua finalidade é a de afastar a eficácia de constrição judicial, produtora de turbação ou esbulho na posse do embargante, proprietário ou simplesmente possuidor.

E isso, porque, como anota em outro estudo Donaldo Armelin, em determinadas circunstâncias, algumas relações podem exorbitar, vale dizer, "desgarram-se de sua rota normal, entrando em colisão com outras posições jurídicas, perturbando, destarte, a normalidade do tráfego jurídico". Constata-se esta situação quando, de ordinário, "os efeitos de determinados atos ou negócios jurídicos têm sua eficácia desbordante das esferas jurídicas de seus integrantes".<sup>8</sup>

Tal via processual tem como pressuposto inafastável a pendência de precedente processo e, por esta razão, sempre será incidental. Trata-se, contudo, de demanda autônoma, autuada em apartado, sendo certo que, se for concedida a liminar determinante de efeito suspensivo integral atinente ao processo em que ocorrida a constrição, os embargos poderão ser autuados em apenso.

Disciplinando os limites objetivos dos embargos de terceiro, o art. 1.052 do CPC (LGL\1973\5) preceitua que, se o mérito destes abrangerem integralmente o bem ou os bens constritos, a suspensão do processo em que ordenada a apreensão deve ser total. É claro que a suspensão dos atos procedimentais será apenas parcial se porventura o escopo dos embargos restringir-se à liberação de parte dos bens sujeitos à constrição. Sob o prisma formal, é conveniente, nesse caso, que a autuação dos embargos faça-se em apartado, evitando-se assim qualquer entrave no desenvolvimento do processo dito principal.

### 3. Traço peculiar: apreensão judicial



A característica marcante dos embargos de terceiro, que os distinguem da oposição e das ações possessórias típicas, centra-se na apreensão judicial, resultante, v.g., da penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha.<sup>9</sup> Em suma, o ato jurisdicional do qual nasce o interesse de agir do embargante pode ser proferido em processo de qualquer natureza: de conhecimento (p. ex.: liminar em ação possessória); de execução (p. ex.: penhora); cautelar (p. ex.: seqüestro).

No que se refere à primeira destas situações, imagine-se uma ação de execução fundada em título judicial em que Tício procura satisfazer o seu crédito decorrente de aluguéis e encargos de imóvel que havia sido locado a Caio, devedor-executado. Tício logra a penhora sobre bens móveis que ainda guarnecem o imóvel comercial já desocupado, sendo então nomeado depositário. Mais tarde, o credor, que alienara tais bens com reserva de domínio, requer também, em face do devedor comum Caio, a reintegração na posse (art. 1.071, § 3.º, CPC (LGL\1973\5)), cuja liminar concedida irá naturalmente atingir aqueles bens depositados. Nessa hipótese, Tício não só pode como deve (art. 150, CPC (LGL\1973\5)) aforar embargos de terceiro para livrá-los da eficácia do referido provimento judicial.

A 4.ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 182.189-SP, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, assentou que: "Cabem embargos de terceiro propostos por quem é atingido na sua posse pelo cumprimento de mandado expedido em ação possessória para a qual o embargante não foi citado".

#### 4. Legitimação ad causam

Como o próprio nomen iuris do instituto permite entrever, o protagonista dos embargos é um terceiro, isto é, todo aquele que não participa do contraditório e que não tem qualquer relação com o direito debatido ou responsabilidade pelo adimplemento da obrigação discutida, dispõe desse meio processual apto a salvaguardar o seu respectivo patrimônio.

A lei processual também considera terceiro o litigante que, a despeito de atuar no processo, visa a proteger bens que, pela origem de sua aquisição ou da posse (título jurídico), não são suscetíveis de apreensão judicial. O cônjuge - geralmente a mulher casada - é legitimado a aforar, sem a outorga do outro, embargos de terceiro para defender os seus próprios bens, a sua meação ou os bens reservados, quando a dívida exigida não tiver sido contraída em prol da família (cf. Súmula 134 (MIX\2010\1387) do STJ: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação). A meação, nesse idêntico sentido, também pode ser preservada pelo convivente quando comprovada (e decidida), incidendo tantum, a união estável.<sup>10</sup>

Em tais hipóteses, está consolidado na jurisprudência do STJ o posicionamento segundo o qual a "mulher do avalista deve provar que a dívida não foi contraída em benefício da família, sendo o marido sócio da empresa beneficiada..." (REsp 525.527-RS). Todavia, "nas situações em que o avalista não é sócio da empresa, o STJ entende que a presunção é de prejuízo do cônjuge e, portanto, inverte-se para o credor o ônus de provar que a família teria se beneficiado do empréstimo" (REsp 440.771-PR).

Nestas mesmas condições, a despeito de a constrição ter atingido apenas a metade ideal de um dos cônjuges, o outro se legitima a ajuizar os embargos para proteger a inteireza do bem, quando este for impenhorável à luz da Lei 8.009/90 (bem de família). Aqui também a(o) companheira(o) tem legitimidade ativa.

Importante pronunciamento da 4.ª Turma do STJ, no Recurso Especial 434.856-PR, que se reporta a precedente julgado (REsp 64.021-SP), patenteou que: "Têm legitimidade a mulher e os filhos para, em embargos de terceiro, defender bem de família sobre o qual recaiu medida coercitiva, mesmo que ela figure juntamente com o marido como



executada, vedada tão-só a discussão do débito".

O compromissário comprador de imóvel, mesmo que não tenha registrado o respectivo instrumento particular de compra e venda, tem legitimidade para aforar os embargos de terceiro (cf. Súmula 84 (MIX\2010\1337) do STJ: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advindo do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro).

O mutuário promitente comprador de unidade condominial, quando já integralizado o preço da aquisição, pode também lançar mão dos embargos de terceiro para livrá-lo da superveniente penhora resultante da execução hipotecária promovida pelo banco que financiou a edificação.

Teve ampla repercussão, a esse propósito, expressivo acórdão da 4.<sup>a</sup> Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 187.940-SP, relatado pelo então Min. Ruy Rosado de Aguiar, que deixou assentado: "Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora".

Acolhendo essa orientação, a 4.<sup>a</sup> Câmara do 1.<sup>o</sup> TACSP, debruçando-se sobre idêntica hipótese, no julgamento da Apelação 814.238-9, de relatoria do Juiz Gomes Corrêa, teve oportunidade de decidir a favor dos embargantes, consignando que se apresentava "inarredável o dever do embargado de notificar os embargantes para efetuarem os pagamentos diretamente a ele credor, e, por não ter agido desse modo, praticou abuso de direito, de modo a lhe faltar interesse de promover a execução e lograr que incida penhora sobre os bens dos promitentes compradores, já que diretamente contribuiu para que os pagamentos por esses efetuados não fossem diretamente para ele credor. Aplicável ao caso a teoria do abuso de direito, como corretivo eficaz...".

Cuidando ainda da legitimação ativa, a lei processual, no art. 1.047, expressa que os embargos de terceiro também se prestam à defesa da posse ameaçada, turbada ou efetivamente esbulhada por atos materiais, preparatórios ou definitivos, derivados de decisão judicial proferida em ações de divisão ou de demarcação.

A execução da sentença de procedência do pedido em ação pauliana também encartar-se nesse rol, exatamente porque poderá ofender o direito de justo possuidor do terceiro adquirente de boa-fé.

Aquele, então, que não figurar como parte em demandas de tal natureza, molestado em sua posse, passa a ter legitimidade para valer-se do instituto ora examinado.

Ademais, os embargos de terceiro excepcionalmente deixam de ter natureza possessória quando ajuizados pelo titular de direito real sobre coisa alheia (credor hipotecário, pignoratício, anticrético).

Assim, por exemplo, o credor hipotecário, não cientificado da ação de execução em que se verificou a penhora do bem objeto da garantia, ostenta legitimidade para os embargos objetivando impedir a alienação judicial.

Legitimado passivo sempre será o exeqüente ou o autor da demanda de que derivou a constrição, sobretudo se foi ele quem indicou o bem ao arresto ou à penhora. Se, contudo, o réu ou devedor tiver de algum modo colaborado - até pelo silêncio - para que a apreensão recaísse sobre bem de terceiro, também deverá figurar como litisconsorte passivo.

Secundando esse mesmo entendimento, escreve Gerson Fischmann que, no âmbito do processo de execução, o executado será litisconsorte passivo se indicou o bem à penhora.<sup>11</sup> E, nesta hipótese, o litisconsórcio desponta unitário, uma vez que a solução dos embargos será idêntica para ambos demandados.



O executado, quando não estiver no pólo passivo, legitima-se ainda a ingressar no processo dos embargos, a teor do art. 50 do CPC (LGL\1973\5), como assistente simples do embargado-exeqüente.

Não há se falar, portanto, em litisconsórcio passivo necessário formado pelo exeqüente e pelo executado, visto que a relação jurídica controvertida ( *res in iudicium deducta*) é perfeitamente cindível, alvitrando-se ainda a inexistência de texto legal que imponha a reunião do exeqüente e do executado no pólo passivo.<sup>12</sup>

#### 5. Oportunidade e competência

O prazo fixado para o ajuizamento dos embargos de terceiro é de natureza decadencial. Podem eles ser aforados já a partir da ordem de apreensão, ainda que não tenha ocorrido a respectiva consumação (embargos preventivos).

No que concerne ao prazo fatal, dispõe o art. 1.048 do CPC (LGL\1973\5) que são passíveis de ajuizamento, no âmbito do processo de conhecimento, a qualquer momento, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença ou acórdão. Entende-se que, igualmente, na esfera do processo cautelar, os embargos são cabíveis enquanto for eficaz a constrição judicial tida como prejudicial ao terceiro.

É curial que, no processo de cognição, estando pendente de julgamento o recurso interposto contra a sentença, eventuais embargos deverão ser manifestados perante o juízo de primeiro grau (art. 1.049), sendo facultado ao embargante pleitear, no tribunal, a suspensão do processo.

Contemplando o processo de execução, o art. 1.048 determina que o prazo se ultima "até cinco (5) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta".

Questão polêmica concerne à hipótese, não rara, na qual o terceiro desconhece que o bem foi levado a leilão. Importante precedente da 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, consistente no julgamento do Recurso Especial 298.815-SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, decidiu que: "Em observância ao devido processo legal e ao contraditório, nas hipóteses em que o terceiro-embargante não possui ciência do processo de execução em que se operou a arrematação do bem, deve o art. 1.048 do CPC (LGL\1973\5), parte final, ser interpretado extensivamente, elegendo-se como termo a quo para a propositura dos embargos a data de cumprimento do mandado de imissão na posse...".

Igualmente, a 4.<sup>a</sup> Turma, no julgamento do Recurso Especial 57.461-SP, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, também entendeu que, nesta situação, o prazo para a oposição de embargos de terceiro começa a fluir a partir do momento em que o embargante toma ciência da arrematação. No mesmo sentido, no julgamento do Recurso Especial n. 258.800-GO, relatado pelo então Min. Ruy Rosado de Aguiar, ficou assentado que: "... não é nem desde a expedição da carta de arrematação, nem do cumprimento do mandado - feito de modo irregular -, que se há de contar o prazo para a interposição dos embargos de terceiros, que exerciam a posse da qual estavam sendo afastados sem sequer terem sido procurados pelo Oficial de Justiça...".

Aduza-se que o procedimento dos embargos de terceiro tem curso durante as férias forenses (art. 173, II).

Insta observar que a regra do art. 924 do CPC (LGL\1973\5), no que diz respeito à especificidade do procedimento das ações possessórias de força nova, não repercute nos embargos de terceiro. Assim, e. g., conquanto tenha transcorrido o lapso temporal de ano e dia da turbação ou do esbulho - o que, a rigor, não é incomum -, os embargos, mesmo que lastreados na ofensa à posse, admitem a concessão de liminar (art. 1.051).

Araken de Assis, nesse particular, adota ponto de vista divergente, ao escrever que: "após o implemento do prazo de ano e dia, os embargos fundados na posse ostentarão



força velha, rejeitando liminar".<sup>13</sup>

Os embargos de terceiro, como é cediço, têm como requisito precípuo a pendência de precedente processo. A distribuição é feita por dependência, à luz do disposto no art. 253 do CPC (LGL\1973\5), dada a manifesta conexão existente entre as ações. Os embargos, pois, deverão ser dirigidos ao juízo de primeiro grau que determinou a constrição judicial.

Assim, na hipótese de execução por meio de carta precatória (art. 658), os embargos serão oferecidos perante o juízo deprecante se deste proveio a ordem de apreensão; caso contrário, ou seja, se o bem encontra-se constrito em decorrência de determinação exclusiva do juízo deprecado, este é que terá competência para conhecer e julgar os embargos de terceiro. Ressalve-se que, a teor do art. 113, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5), sempre será permitida a remessa de ofício ao juízo competente.

De acrescentar-se que, como já salientado, estando pendente de julgamento a apelação interposta contra a sentença, eventuais embargos deverão ser manifestados perante o juízo de primeiro grau (art. 1.049), sendo facultado ao embargante pleitear, no tribunal, a suspensão do processo.

Cumpra esclarecer que, se o ato de apreensão for determinado no âmbito do juízo criminal (seqüestro de bens - art. 125, CPP (LGL\1941\8)), a competência dos embargos será do próprio juízo criminal, que não poderá decidi-los enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória (art. 130, parágrafo único, CPP (LGL\1941\8)).

Situação interessante, nessa hipótese, é a condenação, nas verbas de sucumbência, pela sentença do juízo criminal que decide os embargos de terceiro. A respectiva execução, como é curial, será aforada no juízo cível, e, a rigor, não se trata aí, na acepção da palavra, "de sentença penal condenatória" (art. 584, II, CPC (LGL\1973\5)).

Caso a União ou algum órgão federal ajuizar embargos de terceiro, visando a afastar constrição ordenada pelo juízo estadual, competente para conhecê-los e julgá-los será a Justiça Federal. Nessa hipótese, contudo, somente o processo dos embargos é que será remetido à Justiça Federal, não existindo qualquer razão para provocar o deslocamento da competência da "ação principal".<sup>14</sup>

## 6. Petição inicial e audiência de justificação

Como corolário do ônus de demandar, delineado na regra do art. 262 do CPC (LGL\1973\5), cumpre ao embargante provocar a jurisdição por meio de petição inicial, que consiste no ato introdutório da ação de embargos de terceiro.

A demanda em apreço deverá ser incoada por meio de petição elaborada de conformidade com o disposto no art. 282 daquele diploma processual, não havendo qualquer excepcionalidade que a diferencie das peças tradicionais.

Além de seu requisito externo, vale dizer, a forma escrita, dentre os requisitos internos, o inciso III do art. 282, reclama a exposição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido.

Desse modo, cabe ao embargante precisar, na petição inicial dos embargos, a causa petendi remota, isto é, o fato constitutivo de seu direito (título da posse) e o respectivo fato violador (apreensão judicial indevida), originando-se daí a demonstração de seu interesse processual. Em seguida, deverá proceder ao enquadramento dessa situação concreta, narrada in status assertionis (mas documentalmente comprovada), à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo (causa petendi proxima).

Por derradeiro, o demandante deverá expor a conseqüência jurídica emergente de tais fatos, concretizada no pedido de deferimento liminar da suspensão, total ou parcial, do processo em que foi proferida a decisão determinante da constrição e, ainda, a final, no



pleito de procedência, cuja sentença deverá determinar a revogação do ato judicial de apreensão que agride a posse do terceiro embargante.<sup>15</sup>

Evidentemente, os fatos articulados na inicial deverão estar roborados por prova documental acostada à petição inicial, da qual o juiz, nos limites de cognição sumária, extraia a verossimilhança da situação fático-jurídica deduzida pelo embargante.

O rol de testemunhas deverá também constar da petição inicial para a eventualidade de serem ouvidas em audiência prévia.

O valor a ser atribuído à causa corresponderá ao do bem ou bens objeto da apreensão, desde que, no âmbito do processo de execução, não supere o montante da dívida exequenda.

Decidiu, a propósito, a 2.<sup>a</sup> Seção do STJ, no acórdão proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 187.429-DF, relatado pelo Min. Ari Pargendler, que: "Se os embargos de terceiro atacam penhora levada a efeito em execução, o valor da causa não pode exceder o do bem sujeito à constrição, nem o do débito".<sup>16</sup>

Entendendo o juiz que, apesar de satisfatória a prova pré-constituída apresentada, resulta ainda duvidoso algum aspecto fático emergente da narração deduzida pelo embargante, é aconselhável que seja designada audiência de justificação, para que se possibilite ao demandante consolidar a prova da posse. Para tanto, deve o juiz nortear-se pela regra (muitas vezes olvidada) do art. 342 do CPC (LGL\1973\5). Ademais, o réu embargado deverá ser citado e intimado da designação do referido ato processual, para que, preservado o contraditório, também possa produzir prova testemunhal, aplicando-se aqui, por analogia, o disposto no art. 861 e seguintes do CPC (LGL\1973\5).

No entanto, como assevera Gerson Fischmann, diante das vicissitudes que recomendam o ajuizamento dos embargos de terceiro, pode decorrer que o pleito de liminar tenha caráter urgente (p. ex.: iminência de leilão), para evitar um dano praticamente irreversível. Assim, a premência da situação autoriza a realização de audiência de justificação inaudita altera parte, uma vez que a natural demora para a efetivação da citação resultaria na total ineficácia da liminar que porventura viesse a ser concedida. "Só essa situação já prova em favor da não obrigatoriedade de citação do réu quando designada audiência de justificação preliminar, tal como ocorre com as liminares cautelares (art. 804), a cujo processo, aliás, o legislador fez expressa remissão no art. 1.053".<sup>17</sup>

## 7. Concessão de liminar antecipatória

A lei exige que, para o ajuizamento dos embargos de terceiro e conseqüente concessão de liminar, o embargante produza prova documental da posse que possibilite ao órgão julgante estabelecer um grau razoável de probabilidade da procedência da pretensão deduzida.

É certo que esta cognição sumária será ampliada em momento procedimental ulterior, com a resposta que porventura o embargado apresentar, permitindo ao julgador formar convencimento definitivo acerca da existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante.

Contra a decisão que indefere a liminar cabe agravo de instrumento, sendo aplicável a regra do art. 527, III, do CPC (LGL\1973\5) (efeito ativo).

Por outro lado, deferida a liminar, será expedido o mandado de manutenção ou de restituição do bem ao embargante.

Este provimento tem natureza de decisão interlocutória, que produz a antecipação parcial da eficácia da futura sentença de procedência do pedido. Se o provimento



implicar entrega ao embargante do bem constricto, sobretudo se for quantia em dinheiro indevidamente arrestada ou penhorada, o art. 1.051 do CPC (LGL\1973\5) determina, em princípio, a prestação de caução, para garantir a devolução da coisa com os seus respectivos rendimentos, caso o embargante saia derrotado. A caução pode ser real ou fidejussória, formalizada por termo nos próprios autos dos embargos de terceiro.

#### 8. Citação e âmbito da resposta do embargado

A citação do embargado, consoante a melhor doutrina e a mais recente orientação jurisprudencial, deve ser pessoal e, em regra, por via postal (art. 221, I, CPC (LGL\1973\5)).

Manifestou-se sobre essa questão a 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 23.352-SP, no sentido de que se faz "indispensável a citação do embargado para responder a inicial dos embargos de terceiro".<sup>18</sup>

Regular e validamente citado, o embargado dispõe do prazo de 10 dias para apresentar resposta, consubstanciada em exceção e em contestação.

Após esse decêndio, no silêncio do demandado, incide a regra do art. 803, que prevê a precipitação dos efeitos material e processual da revelia, determinando ainda que o juiz profira decisão no prazo de 5 (cinco) dias.

Caso contrário, ofertada a contestação, não sendo hipótese de rejeição liminar, se os autos evidenciarem elementos suficientes de convicção, o processo deve ser extinto mediante julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC (LGL\1973\5)).

No entanto, havendo necessidade de produção de prova oral, será designada audiência de instrução e julgamento, nada obstando que, no lapso temporal que mediar tais atos processuais, seja realizada a audiência preliminar, nos termos do art. 331 do CPC (LGL\1973\5).

Aduza-se, por outro lado, que, dentre as matérias deduzidas na contestação, a fraude contra credores não pode ser objeto de julgamento, em razão do âmbito angusto dos embargos de terceiro, meio destinado a afastar a constrição judicial sobre bem alheio. Pondera sobre essa questão Cândido Dinamarco, que a "fraude a credores não é suscetível de discussão nos embargos de terceiro, porque o negócio fraudulento é originariamente eficaz e só uma sentença constitutiva negativa tem o poder de lhe retirar a eficácia prejudicial ao credor. Essa sentença de desconstituição é a que acolhe a chamada ação pauliana, e sem ou antes que ela seja dada, o bem não responde pela obrigação do vendedor e a penhora é indevida e ilegal. Os embargos opostos não de ser acolhidos, desde que presentes os requisitos indispensáveis, sem qualquer consideração a eventual fraude a credores perpetrada pelos contratantes".<sup>19</sup>

Escudado nesta corrente doutrinária mais abalizada, o STJ editou a Súmula 195, do seguinte teor: Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.

Na verdade, a Corte Especial do STJ, ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 46.192-SP, unificou o entendimento no sentido de que a fraude a credores é passível de discussão na ação pauliana e não em sede de embargos de terceiro. E isso, porque a hipótese é de anulabilidade, sendo inviável o acerto da invalidade no bojo de embargos de terceiro.<sup>20</sup>

Não é preciso dizer que, pelo contrário, a fraude à execução - fenômeno ocorrente no campo da eficácia -, quando argüida pelo embargado, é passível de ser reconhecida pela sentença que julga os embargos.<sup>21</sup>

A técnica processual autoriza ao legislador impor restrições à liberdade de iniciativa do autor de uma determinada ação judicial quanto à demarcação da causa petendi.



As possessórias configuram um exemplo típico de demandas, cujo conteúdo objetivo sofre limitação *ex lege*. A cognição sumária, que caracteriza estas ações, em flagrante exceção à denominada regra da eventualidade, obsta a que o demandante deduza causa de pedir fundada em domínio. O art. 741 do CPC (LGL\1973\5), que cataloga o rol de fundamentos passíveis de alegação em sede de embargos do devedor contra execução fundada em título judicial, também constitui outra clássica hipótese em que vem delimitado acentuadamente o âmbito da causa petendi deduzível pelo demandante.

Essa técnica de sumarização é, outrossim, empregada no art. 1.054 do CPC (LGL\1973\5), não em relação ao embargante, mas sim no que concerne ao diâmetro da causa excipiendi a ser deduzida pelo embargado.

Com efeito, a contestação ao pedido formulado em embargos de terceiro ajuizados pelo credor com garantia real restringir-se-á à alegação de que: a) o devedor comum é insolvente; b) o título que embasa a execução é nulo ou não obriga a terceiro; c) outro é o bem dado em garantia.

Neste caso, ainda que o embargado apresente outros fundamentos em prol de sua defesa, somente poderão ser levados em consideração pelo julgador estes arrolados no aludido dispositivo legal.

## 9. Sentença e sucumbência

A sentença de procedência do pedido formulado nos embargos de terceiro tem, em regra, natureza preponderantemente mandamental, determinativa do desfazimento do ato processual atacado.

Trata-se, como bem anota Araken de Assis, da eficácia principal do ato decisório, coexistindo ao lado de outros efeitos com força menos acentuada.<sup>22</sup>

A doutrina especializada procura esclarecer que a regra do art. 20, inspirada no denominado princípio da causalidade, não se delinea integralmente aplicável na ação de embargos de terceiro.

Verifica-se que, na prática, o embargado-exeqüente deixa de responder pelos ônus da sucumbência quando, a despeito de figurar como réu (nos embargos), não tiver de algum modo dado ensejo à constrição, e, conseqüentemente, ao ulterior processo de embargos.

Averba, a esse respeito, Rogério Marrone de Castro Sampaio que realmente seria injusto carrear sempre ao embargado-exeqüente o ônus da sucumbência quando desconstituído o ato de constrição como decorrência da procedência do pedido deduzido nos embargos de terceiro. Sim, porque em inúmeras situações não há como imputar ao exeqüente qualquer falha no dever de fiscalização. "Em outras palavras, não seria razoável atribuir-se a sucumbência ao exeqüente, por exemplo, quando, além de não ter sido o responsável pela indicação do bem penhorado, não lhe foram dadas condições para aferir a irregularidade do ato de apreensão".<sup>23</sup>

Nota-se, com efeito, que, na prática, na maioria das vezes em que ocorre esta situação, tão logo opostos os embargos de terceiro, o próprio exeqüente-embargado, sem apresentar qualquer resistência, reconhece a pretensão formulada pelo embargante.

Proclamou, a propósito, a 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, no Recurso Especial 125.359-MG, que teve como relator o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, deixando consignado que: "Se a penhora do bem pertencente a terceiro foi efetivada pelo Oficial de Justiça, sem qualquer participação ou indicação do bem pelo exeqüente, que concordou com a desconstituição do ato constitutivo, não há como condená-lo ao pagamento das custas processuais, ainda que pela metade".

Aplicando o mesmo raciocínio em situação de certo modo análoga, a Corte Especial do



STJ, mais recentemente, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 490.605-SC, decidiu que: "Não pode ser responsabilizado pelos honorários advocatícios o credor que indica à penhora imóvel transferido a terceiro mediante compromisso de compra e venda não registrado no Cartório de Imóveis. Com a inércia do comprador em proceder ao registro não havia como o exequente tomar conhecimento de uma possível transmissão de domínio".

Mais recentemente, a orientação majoritária foi sufragada na Súmula 303 (MIX\2010\1553) do STJ, assim redigida: Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.

#### 10. Apelação e coisa julgada - Bibliografia

A sentença proferida (de procedência ou de improcedência do pedido) nos embargos de terceiro desafia recurso de apelação, que deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, preservando a paralisação dos atos procedimentais da ação dita principal.

Acrescente-se que, se rejeitados liminarmente os embargos de terceiro, o recebimento da apelação no duplo efeito não obsta, à evidência, o prosseguimento da "ação principal", porquanto, extinto de logo o processo, não incide a regra do art. 1.052 do CPC (LGL\1973\5). Caso contrário, observa José Horácio Cintra Pereira, estar-se-ia conferindo eficácia a uma petição eventualmente inepta ou, até mesmo, intempestiva, o que, sem dúvida, não traduziria melhor interpretação do sistema processual.<sup>24</sup>

Após o trânsito em julgado, o pronunciamento judicial produz, em regra, coisa julgada material, tornando insuscetível de rediscussão o objeto do processo que se encerrou. A razão desse fenômeno é justificada pela exigência de estabilidade e respectiva segurança das relações jurídicas.

Assim sendo, nos quadrantes dos embargos de terceiro, sem oferecer qualquer aspecto que mereça destaque, a coisa julgada da sentença de procedência recai sobre o dispositivo da sentença de mérito, cujo objeto, na maioria das vezes, consiste no reconhecimento do direito do embargante de legítimo possuidor e na conseqüente ordem de desfazimento da constrição judicial.<sup>25</sup>

#### BIBLIOGRAFIA

Ambra, Luiz. Dos embargos de terceiro, São Paulo, RT, 1971.

Aragão, Egas D. M. de. Embargos de nulidade e infringentes do julgado, São Paulo, Saraiva, 1965.

Armelin, Donaldo. Dos embargos de terceiro, Revista de Processo, 62: RT, São Paulo, 1991.

\_\_\_\_\_ Embargos de terceiro, tese, São Paulo, PUC, 1989.

Assis, Araken de. Manual do processo de execução, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo, RT., 2002.

Barros, Hamilton de Moraes e. Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v. 9, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

Costa, Moacyr Lobo da. Origem dos embargos no direito lusitano, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.

Dinamarco, Cândido R. Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro, Fundamentos do processo civil moderno, v. 1, São Paulo, Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_ Litisconsórcio, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

Fischmann, Gerson. Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v. 14, São



Paulo, RT, 2000.

Marcato, Antonio Carlos. Procedimentos especiais, 10.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Atlas, 2004.

Parizzato, João Roberto. Dos embargos de terceiro, São Paulo, LED, 1997.

Pereira, José Horácio Cintra G. Dos embargos de terceiro, São Paulo, Atlas, 2002.

Pontes de Miranda, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v. 15, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

Sampaio, Rogério Marrone de Castro. Embargos de terceiro, São Paulo, Atlas, 2004.

---

(1) Este estudo foi originariamente escrito para integrar coletânea em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Apresenta-se agora revisto e ampliado.

(2) Dos embargos de terceiro, São Paulo, RT, 1971.

(3) Embargos de terceiro, São Paulo, PUC, 1989.

(4) João Roberto Parizzato, Dos embargos de terceiro, São Paulo, LED, 1997; José Horácio Cintra G. Pereira, Dos embargos de terceiro, São Paulo, Atlas, 2002; Rogério Marrone de Castro Sampaio, Embargos de terceiro, São Paulo, Atlas, 2004.

(5) São Paulo, Saraiva, 1965.

(6) Moacyr Lobo da Costa, Origem dos embargos no direito lusitano, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, p. 5.

(7) Dos embargos de terceiro, cit., p. 85.

(8) Donaldo Armelin, Dos embargos de terceiro, Revista de Processo, 62(1991):40.

(9) Não cabem, pois, embargos de terceiro contra mandado de despejo, "porquanto este não configura ato de apreensão ou constrição judicial e, assim, não se enquadra nas hipóteses dos arts. 1.046 e 1.047 do CPC (LGL\1973\5)" (STJ, 6.<sup>a</sup> T. rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp. 191.274-SC).

(10) Ainda que defendida a meação por meio de embargos de terceiro, há vigorosa orientação jurisprudencial no sentido de autorizar o leilão da inteireza do bem penhorado, reservando-se ao embargante a metade do preço alcançado (v., e. g., STJ, REsp. 200.251-SP, Corte Especial, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp. 132.901-SP, 2. T., rel. Min. Castro Meira).

(11) Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v. 14, São Paulo, RT, 2000, p. 244. V., no mesmo sentido, Araken de Assis, Manual do processo de execução, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo, RT, 2002, p. 1.306.

(12) Consulte-se, em senso contrário, defendendo a necessidade do litisconsórcio, na jurisprudência, STJ, 1.<sup>a</sup> T. REsp. 530.605-RS, rel. Min. José Delgado; e, na doutrina, Cândido Dinamarco, Litisconsórcio, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 169, que aponta a divergência, com indicação bibliográfica pertinente às duas teses.

(13) Manual do processo de execução, cit., p. 1.310. V., em senso contrário, STJ, 4.<sup>a</sup> T. REsp 201.219-ES.

(14) Cf., nesse sentido, Gerson Fischmann, Comentários ao Código de Processo Civil



(LGL\1973\5), cit., p. 256.

(15) A casuística revela que, a despeito de rotular a demanda de embargos de terceiro, o embargante ofereceu verdadeira defesa à execução. Em tal circunstância, norteando-se pelos regramentos que concernem à instrumentalidade do processo, a 2.<sup>a</sup> T. do STJ, no acórdão proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 146.352-RJ, cujo voto condutor foi da lavra do Min. Ari Pargendler, acabou recebendo aqueles como embargos à execução, visto que opostos dentro do prazo legal e garantido o juízo pela subseqüente penhora; e tudo porque: "o nome que, nesse contexto, se dá à ação é de todo irrelevante".

(16) V., em senso idêntico, STJ, 1.<sup>a</sup> T. rel. Min. Garcia Vieira, REsp. 323.384-MG: "Nos embargos de terceiro, o valor da causa deve corresponder ao do bem objeto da constrição, não podendo exceder o valor do débito".

(17) Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), cit., p. 264.

(18) Cf., também, STJ, 4.<sup>a</sup> T. rel. Min. Athos Carneiro, REsp 2.892-RO: "Necessidade de citação do embargado, embora não explícito o art. 1.053 do CPC (LGL\1973\5). Insuficiência, para instaurar a relação jurídica processual, da simples intimação do advogado, deduzida na mera publicação do despacho ordenatório da citação".

(19) Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro, Fundamentos do processo civil moderno, v. 1, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 567.

(20) Cf. REsp. 13.322-RJ, 3.<sup>a</sup> T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, salientando: "... de qualquer sorte, admitindo-se a hipótese como de ineficácia, essa, ao contrário do que sucede com a fraude de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia. Em sentido contrário, há um acórdão, já ultrapassado, no REsp. 5.307-RS, que tem a seguinte ementa: "Revestindo-se de seriedade as legações de 'consilium fraudis' e do 'eventus damni' afirmadas pelo credor embargado, a questão pode ser apreciada na via dos embargos de terceiro, sem necessidade de o credor ajuizar ação pauliana...".

(21) RT, vol. 747, p. 292.

(22) Manual do processo de execução, cit., p. 1.327.

(23) Embargos de terceiro, cit., p. 150.

(24) Dos embargos de terceiro, cit., p. 68. V., em senso análogo, Rogério Marrone de Castro Sampaio, Embargos de terceiro, cit., p. 149.

(25) V., na jurisprudência, STJ, 2ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, REsp. 95.408-SP: "A coisa julgada resultante dos embargos de terceiro não vai além dos efeitos da sentença cuja eficácia eles impediram".