

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DISSERTAÇÃO DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

EMBARGOS DE TERCEIRO

ALUNO: LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI

ORIENTADOR: PROFESSOR ADROALDO
FURTADO FABRÍCIO

PORTO ALEGRE, JUNHO DE 1990

*Ao Professor ADROALDO FURTADO
FABRÍCIO, o agradecimento pela atenção
dispensada a este trabalho e pelas sem-
pre oportunas sugestões formuladas.*

ÍNDICE

	Página
INTRODUÇÃO	6
1 — APRESENTAÇÃO DO TEMA	6
2 — CONCEITO	8
3 — HISTÓRICO	12
4 — DIREITO COMPARADO. BREVES NOTAS	21
5 — PLANO	24
PARTE I — FUNDAMENTOS E NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE TER- CEIRO	25
1 — NATUREZA JURÍDICA	26
2 — EMBARGOS DE TERCEIRO E AÇÕES E INCIDENTES SEMELHANTES	32
a) Embargos de terceiro e ações possessórias e reivindica- tória	32
§ 1º — Ações possessórias	32
§ 2º — Propositura de ação petitória na pendência dos embargos	36
§ 3º — Embargos de terceiro e ação de reivindicação ..	40

	Página
b) Embargos de terceiro e oposição	41
c) Embargos de terceiro e recurso de terceiro prejudicado.	43
d) Embargos de terceiro e oposição de terceiro	45
3 — HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO MANEJO DOS EMBARGOS	47
a) Posse e domínio	47
b) Direito real de garantia	48
c) Defesa de bens dotais, próprios, reservados ou da meação do cônjuge	60
 PARTE II — O PROCESSO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO	 68
1 — LEGITIMAÇÃO	70
a) Legitimação ativa	70
b) Legitimação passiva	77
2 — COMPETÊNCIA	79
3 — TEMPO	86
4 — AUTONOMIA PROCEDIMENTAL	89
5 — PROCEDIMENTO	91
a) Petição inicial	91
b) Citação	95
c) Justificação e deferimento liminar	98
d) Defesa do embargado	103
§ 1º — Defesa nos embargos em geral	103
§ 2º — Defesa nos embargos opostos pelo cônjuge	109
§ 3º — Defesa nos embargos opostos contra credor com gerantia real	109
§ 4º — Ônus e limites da defesa do embargado	110
e) Saneamento	110
f) Decisão	113

	Página
III — CONCLUSÃO — LIMITES DA LIDE E LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NOS EMBARGOS DE TERCEIRO	120
1 — SITUAÇÃO DO PROBLEMA	121
2 — MATÉRIA OBJETO DE DISCUSSÃO NOS EMBARGOS	122
3 — DIFERENTES POSIÇÕES NA DOUTRINA	123
4 — CRÍTICA	126
a) Objeto do processo nos embargos de terceiro	126
b) Exclusão da coisa julgada nos embargos de terceiro	129
c) Ações ressalvadas face aos limites objetivos da coisa julgada formada nos embargos	130
5 — SÍNTESE	133
BIBLIOGRAFIA	134

I N T R O D U Ç Ã O

1 — APRESENTAÇÃO DO TEMA

São os embargos de terceiro importante meio defensivo de estranhos à relação processual contra medidas constritivas de seus bens ocasionadas por ato judicial. Embora a relevância do tema e a antigüidade de sua presença no direito processual luso-brasileiro, a matéria ainda se ressentia de um estudo em profundidade, sendo raras as monografias a seu respeito na literatura jurídica brasileira, onde o enfoque do tema tem se limitado ao exame de questões determinadas em artigos doutrinários¹, ou à sua apresentação enciclopédica, com a conseqüente síntese da abordagem, em obras gerais sobre processo ou comentários.

Só tal constatação já justificaria dirigir-se a atenção a esta matéria. Todavia não será este o estudo do tema que o mesmo permanece a exigir, responsabilidade que continuará a esperar resposta dos doutos, mas a tentativa de reunir,

¹ Quanto a estes, há em número significativo. Ver a respeito a bibliografia ao final deste trabalho.

em simples dissertação, as conclusões das diversas abordagens esparsas do tema e exames isolados de alguns de seus aspectos. Se razoável sistematização for alcançada, o labor já terá sido justificado.

2 — CONCEITO

PAULA BAPTISTA conceituou os embargos de terceiro como sendo "*uma ação de intervenção, formada por um terceiro, que não foi parte na causa, em defesa de seus bens contra execuções alheias*"².

Afora eventual imprecisão da expressão "ação de intervenção" e da tautologia quanto ao "terceiro, que não foi parte na causa", falta ao conceito a noção de que, ao menos face ao atual direito positivo brasileiro, têm tais embargos de se fundar na posse.

JOÃO MONTEIRO definiu-os como "*a oposição feita por um terceiro a que a execução corra em bens que são de seu domínio e posse*"³.

Nota-se a limitação do conceito nos termos em que se colocou o instituto no regulamento nº 737, que só concedia tal via ao terceiro "senhor e possuidor" ("de seu domínio e posse"). De outra banda, melhor, a nosso ver, o não uso na definição do vocábulo oposição, a fim de prevenir confusão com aquele instituto, que é diverso.

² PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial e de Hermenêutica Jurídica*. 7.ed., J. Ribeiro dos Santos editor, Rio de Janeiro, 1910. p.209.

³ MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6.ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1956. § 285.

Conceito amplo deu-nos OLIVEIRA CONDE em antiga monografia sobre o tema: é "*a ação com que alguém atribuído de qualidade jurídica estranha à causa, intervem na ação de outrem, para assegurar seus direitos e interesses diretos, inadvertidamente ofendidos, sobre os bens apreendidos para efeito da execução*"⁴.

Nem por isto o conceito é imune a objeções. Cuida-se de ação autônoma; sua abrangência é maior do que impedir a constrição sobre bens de terceiros nas execuções (em muitos outros processos pode haver constrição, real ou potencial, a viabilizar o manejo dos embargos); ao menos perante o direito brasileiro atual, afora as hipóteses dos embargos opostos pelo credor como garantia real, o único "direito e interesse direto" que assegura tal via é a posse; ainda, a expressão "direto" apresenta-se, no caso, duvidosa.

"Constituem ação específica com a finalidade de proteger direito visivelmente prejudicado, face ao ato constrictório de procedência judicial", disse-o CELSO MUNIZ GUEDES PINTO⁵ em opúsculo mais recente. Correto ao definir, abrangentemente, os atos que por eles se buscam impedir ("ato constrictório de procedência judicial"); mas o que vem a ser "direito visivelmente prejudicado"? A expressão não é técnica e nem se limitam os direitos que podem gozar de proteção, por via

⁴ CONDE, F. de Oliveira. *Dos Embargos de Terceiro*. Jacinto Ribeiro dos Santos ed., Rio de Janeiro, 1925. p.17.

⁵ PINTO, Celso Muniz Guedes. *Os Embargos de Terceiro no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, UFRJ, 1967. p.16.

dos embargos de terceiro, senão (e aí a definição não diz) por exigí-los fundados na posse.

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR são "*uma ação constitutiva, que busca desconstituir o ato judicial abusivo, restituindo as partes ao estado anterior à apreensão impugnada*"⁶. Em verdade é ação de carga preponderantemente mandamental, como adiante se verá; segundo, não é qualquer ato judicial abusivo que os autoriza, mas sim aquele que importa em ofensa à posse de terceiro.

"São a ação do terceiro que pretende ter direito ou domínio ou outro direito, inclusive posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos"⁷. A concepção do autor, embora sua indiscutível autoridade, permanece presa ao direito anterior, que sob a égide do Código de 1939, permitia os embargos para a defesa de "direito", genericamente; face ao texto da lei atual, a posição, em que pese o esforço de sustentação do mestre, é "contra legem". Bem apreendida, porém, a amplitude de atos que pelos embargos se pode atacar: "bens penhorados ou por outro modo constrictos".

HAMILTON MORAES E BARROS deles disse que "*são uma ação especial, de procedimento sumário, destinados a excluir bens de terceiro que estão sendo, ilegítimamente, objeto de*

⁶ In *Processo de Execução*. 11.ed., São Paulo, LEUD, 1986. p.368. Grifo do original.

⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários do Código de Processo Civil de 1973*. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p.4. Tomo XV.

ações alheias"⁸. Mas há que acrescentar: bens da posse de terceiro, ou bens de posse e domínio de terceiros, não são só do domínio de terceiros. E não convém utilizar aí a expressão "objeto", pois o é em sentido genérico e não certamente significado técnico de objeto do processo ou objeto litigioso do processo⁹.

LIEBMAN diz, com síntese que "*são ação proposta por terceiro em defesa de seus bens contra execuções alheias*"¹⁰; mas o terceiro tem de ter posse e não só em execuções pode ocorrer a constrição.

Definimos embargos de terceiro, em face de nosso direito processual, como sendo a *ação autônoma, especial e de procedimento sumário, destinada a excluir de constrição judicial, bens de que terceiro tem a posse ou a posse e o domínio.*

⁸ In *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Rio de Janeiro, v. IV, Forense, s/d. p.288.

⁹ Ver a respeito SANCHES, Sidney. Objeto do Processo e Objeto Litigioso do Processo. In *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. nº 16, p.133/156 e SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires, EJEA, 1968 (tradução de Thomas A. Baunzhat).

¹⁰ LIEBMAN, Eurico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo, 3.ed., Saraiva, 1968. p.86.

3 — HISTÓRICO

A origem remota de nosso instituto encontra-se na "controvérsia pignoris capti" do Direito Romano¹¹, de que cuida fragmento de PAULO¹². Era o meio defensivo de que dispunha o terceiro quando, em execução, era penhorado bem que a ele, terceiro, e não ao executado, pertencia. Não se cuidava de processo autônomo, mas de mero incidente da execução¹³; facultava-se ao terceiro indicar bens incontrovertidamente de propriedade do devedor e o Juiz, sem maiores perquirições, determinaria que sobre estes incidisse a penhora, com liberação dos

¹¹ BUZAID, Alfredo. Deverá instituir-se no Brasil a oposição de terceiro? In *Revista de Direito Processual Civil*. v.19, p.84 (conferência proferida em 15 de agosto de 1958, na sessão de encerramento da Semana de Estudos de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul).

¹² DIG. 42.1.15. § 4: "*Si rerum quae pignoris iure captae sunt, controversia fiat, constitutum set ab imperatore nostro, ipsos, qui rem iudicatam exsequentur, cognoscere debere de proprietate; et si cognoverint eius fuisse, qui condemnatus est, rem iudicatam exsequentur. Sed sciendum est, summam eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praeiudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi eius sit, qui controversiam movit, non eius, cuius nomine capta est; nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti; sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat. Sed et illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si quod este sine controversia*". Citado por Alfredo Buzaid, ob. e loc. citados.

¹³ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *L'Azione in opposizione del terzo nel processo esecutivo*. Milão, Editrice, 1910. p.42 e seg. Citado por BUZAID, Alfredo, ob. e loc. citados.

bens questionados; se o terceiro não lograva indicar bens livres do devedor, ainda incidentalmente na execução, desenvolvia-se controvérsia sumária acerca da propriedade dos bens, seguindo-se decisão sobre o incidente, cujos efeitos, todavia, limitavam-se a determinar a liberação, ou não, do bem (ou seja, não produzia efeito de coisa julgada a respeito da posse ou propriedade do bem, até porque de decisão sobre incidente processual se tratava).

Já o processo germânico, ao que consta não conheceu remédio que se assemelhasse aos nossos embargos de terceiro. É que seu processo, que tinha por característica desenvolver-se perante a assembléia, desconhecida a limitação às partes litigantes da eficácia da coisa julgada: daí a sujeição de toda a comunidade aos efeitos da sentença — eficácia *erga omnes*¹⁴. Neste período, todavia (conseqüência mesmo dos efeitos "erga omnes" da sentença), desenvolveram-se diversos institutos próprios da intervenção de terceiros no processo, tais como a oposição e o litisconsórcio.

Uma união dos dois sistemas, viria com a organização em França, da oposição de terceiro ("tierce opposition"), ins

¹⁴ "É que em realidade, os sistemas jurídicos anteriores sempre rejeitaram, por sua regulamentação mesma, a idéia segundo a qual toda decisão da Justiça é sem incidência face a terceiros, e reconheciam assim, sua existência e seu valor 'erga omnes'" ("C'est que dans la validé, les systèmes juridiques antérieurs ont toujours rejeté, par leur réglementation même, l'idée selon laquelle toute décision de justice est sans incidence vis à vis des tiers, et ont ainsi reconnu leur existence et leur valeur 'erga omnes'"). ROLAND, Henri. *Chose jugée et tierce opposition*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1958. p.35.

tituto peculiar que unifica, num único meio processual, os em**ba**rgos de terceiro e o recurso de terceiro prejudicado. Dispunha o artigo 2º do título sobre processo civil da *Ordennance* de 1667: "*É permitido o exercício deste poder por simples re-querimento para o fim do oferecer oposição contra os julgamen-tos em última instância nos quais o demandado não tenha sido parte ou citado diretamente e mesmo contra aqueles resultan-tes de um pedido seu*"¹⁵.

No dizer de HENRI ROLAND¹⁶ é o primeiro texto que dá uma função expressa, direta e explícita ao princípio da oposi-ção de terceiro e que organizou seu funcionamento. Portanto, o direito francês ao organizar o instituto realizou uma sim-biose entre o sistema romano da "controvérsia pignoris capti" e o sistema germânico, que facultava a intervenção de tercei-ros no processo de conhecimento, cuja sentença produziria e-feitos "erga omnes": agora facultava-se aos terceiros, por um só instituto, reagir contra a constrição de seus bens e abria-se via recursal contra as sentenças cuja eficácia pudesse a-tingir sua esfera jurídica¹⁷.

15 "*Permettons de ce pouvoir par simple requête à fin d'opposition contre les jugements en dernier ressort auxquels le demandeur n'aura été partie ou directement appelé, et même contre ceux donnés sur requête*".

16 Obra citada, p.22. Os arts. 10 e 11, restringiam seu emprego e impu-nham sanções aos opoentes que os usassem com fito protelatório.

17 O direito romano também conhecia o recurso do terceiro prejudicado (Ul-piano, DIG. 49.5.1: Non solent audiri appellantes, nisihi, quorum inte-rest, vel quibus mandatum est, vel negotium alienum germut, quod mox ratum habetur), mas como instituto **diverso da controvérsia pignoris capti**.

O direito luso-brasileiro manteve-se fiel à tradição romanística, separando os meios de defesa de terceiro. E nas Ordenações, Livro 3, título 86, § 17, cuidou dos embargos de terceiro, tratando-os como incidente da execução. Dispunha aquele texto:

"E vindo alguma pessoa a embargar cousa, em que se peça a execução, assi móvel, como de raiz, por dizer, que a dita cousa pertence a elle, e que não foi ouvido sobre ela, e que portanto não deve ser entregue ao vencedor, ou alegar outro qualquer embargo a se dar a sentença à execução, em tal caso mandamos, que a execução se faça no condenado. E sendo tal a razão do embargo, com que o terceiro embargante vem, que por Direito lhe deva ser recebida, o vencedor dará fiança à cousa, de que se pede a execução e lhe será entregue; e não a dando, será posta em poder de um terceiro, até finalmente se determinar sobre os embargos. E vindo algum terceiro com embargos, dizendo ser possuidor dos bens, em que se faz a execução, se o condenado não der logo outros penhores livres e desembarcados, será preso, até os dar".

PONTES DE MIRANDA extrai do texto permitir os embargos de terceiro senhor e os de terceiro titular da posse, bem como os de *"terceiro prejudicado que alegava outro motivo que a posse"*. E assevera que *"a construção resistiria hoje às mais minudentes críticas"*¹⁸.

O Regulamento nº 737, dispôs a respeito dos embargos de terceiro nos arts. 596 a 604. Restringiu o seu uso, pois com ele veio a exigência de que fosse o terceiro senhor e possuidor (art. 604). Com efeito, dispunha aquele diploma:

¹⁸ Obra citada, p.56.

"Art. 597 — Vindo algum terceiro com embargos à execução, porque a coisa penhorada lhe pertence por título hábil e legítimo, e tendo posse natural ou civil com efeitos de natural, ser-lhe-á concedida vista para alegar e provar seus embargos dentro em três dias. (grifo nosso)

.....
 "Art. 604 — Não são admissíveis na execução em bargos de terceiro que não seja ao mesmo tempo senhor e possuidor, ficando ao terceiro prejudicado direito salvo sobre o preço da arrematação".

É notória a involução de nosso direito processual, eis que se restringiu o uso dos embargos ao terceiro senhor e possuidor, restando desprotegido por este remédio aquele que só posse e não domínio tivesse¹⁹, circunstância agravada pela extensão do Regulamento ao processo civil pelo Decreto Lei nº 763, de 19 de setembro de 1890.

Os Códigos estaduais seguiram nas águas do Regulamento. Exemplificativamente, o Código do Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (Lei nº 65, de 16 de janeiro de 1908), dispunha:

"Art. 975 — Vindo algum terceiro com embargos à execução, porque a coisa penhorada lhe pertence por título hábil e legítimo, e tendo posse natural ou civil com efeitos da natural, ser-lhe-á concedida vista para alegar e provar os seus embargos dentro de cinco dias.

.....

¹⁹ PONTES DE MIRANDA é acerbo na crítica ao Regulamento que taxa de "nefasto", "obra de medíocres, louvada por medíocres", considerando que "foi a causa maior da decadência do direito processual brasileiro". E vislumbra que como "estava o Brasil em 1890 na sua plena evolução agrícola, os embargos de terceiro possuidor levavam os colonos plantadores a defender as suas posses contra a plutocracia latifundiária, que obteve se estendesse o Reg. nº 737 ao processo civil (era só relativo ao processo comercial), para que os arts. 604 e 597 cortassem aos possuidores o uso do embargos de terceiro". Obra citada, p.56-57, grifo do original.

"Art. 982 — Não são admissíveis na execução em embargos de terceiro que não seja ao mesmo tempo senhor e possuidor, ficando ao terceiro prejudicado direito salvo sobre o preço da arrematação.
 "Excetua-se o credor hipotecário, que poderá por via de embargos defender os seus direitos e privilégios, para o fim de obstar a venda do imóvel hipotecado".

Deles disse, com razão solar, OSVALDO VERGARA:

"A primeira parte deste artigo é reprodução servil do art. 604 do Reg. 737.
 Assim, o embargante terá de satisfazer a estes dois requisitos, isto é, terá de provar:
 a) o domínio e
 b) posse
 sobre a coisa penhorada ou sequestrada"²⁰

Já o Código estadual paulista, dispôs em seu art.89:

"Admitem-se embargos de terceiro:
 I - Para defesa da posse:
 a) quando em ação executiva, execução de sentença ou processo preparatório, preventivo ou incidente, for a coisa tirada do poder do possuidor;
 b) quando, nas ações de divisão e demarcação, for o imóvel sujeito aos atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou demarcação;
 II - Para o credor com garantia real obstar a venda judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese".

Comentando o dispositivo, esclareceu, com proficiência, CÂMARA LEAL:

²⁰ Comentários ao Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul. Livraria do Globo, Porto Alegre, 1922. p.426.

"O art. 89 dá, à primeira vista, a impressão de que o Código fez uma profunda alteração no direito anterior, admitindo os embargos do mero possuidor, quando o Reg. n.º 737 de 1850 exigia que o terceiro embargante fosse simultaneamente senhor e possuidor (art. 604).

"Mas, comparando-se o art. 89 com os arts. 91 e 95, chega-se à conclusão de que, nessa parte, nada se modificou de um modo tão radical.

"Admitindo os embargos de terceiro para defesa da posse, como fez o n.º I no art. 89, não quis o legislador concedê-los ao mero possuidor, pela simples detenção, mas exigiu que fossem os embargos instruídos com os títulos comprobatórios do domínio pleno ou útil do próprio possuidor, ou de outrem, quando sobre a coisa concorrem as duas posses — a direta e a indireta (art. 91)"²¹.

Com efeito, dispunha o art. 91 "caput", do Código paulista:

"Art. 91 — Os embargos preencherão os requisitos do art. 206 e seu § único sendo instruídos com os títulos do domínio pleno ou útil, ou da constituição da garantia real (art. 89, n.º II), sob pena de não serem juntos".

²¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo Comentado*. São Paulo, Saraiva, v.I, 1930. p.229. No mesmo sentido: JORGE AMERICANO. *Comentários ao Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*. São Paulo, Saraiva, v.I, 1934. p.340: "Os embargos de terceiro serão sempre acompanhados de prova documental. Quando se tratar de proteção à posse sem título, o Código não consente se deduzam embargos. Tem que se defender pelos meios ordinários, isto é, pela ação de usucapião seguida de reivindicação, se o esbulho judicial se deu contra possuidor de mais de 30 anos (Código Civil, art. 550 - redação antiga, nota nossa), ou pela ação publiciana, subsidiária da reivindicação, que é a que compete ao possuidor, contra quem tiver posse inferior à sua. A prova documental, indispensável para a admissão, conforme o art. 91, consiste no título de domínio pleno ou útil ou da constituição da garantia real".

Na mesma senda, exigindo posse e domínio iam os demais Códigos estaduais: Minas, art. 590; Espírito Santo, arts. 611 e 1267; Santa Catarina, art. 954; Pernambuco, art. 931; Rio de Janeiro, art. 1583; Bahia, art. 1206 e Distrito Federal, art. 503.

A limitação só veio a desaparecer com o Código de Processo Civil (nacional) de 1939, cujo art. 707, afastou restrições:

"Quem não for parte no feito e sofrer turbação ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha ou outro ato de apreensão judicial, poderá defender seus bens, por via de embargos de terceiro".

A referência a "direito" é ampla e espanca quaisquer dúvidas quanto à revogação da exigência do direito anterior no sentido fosse o terceiro senhor e possuidor. Nem só na posse tinham que se fundar os embargos, pois outro poderia ser o "direito" ferido pela constrição judicial.

Por fim o Código de 1973, cuidou dos embargos de terceiro nos arts. 1046 a 1054. E o art. 1046, § 1º dispõe:

"Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor".

O texto indiscutivelmente restringiu em relação ao Código revogado: hoje só se admitem embargos de terceiro fundados na posse (terceiro apenas possuidor ou senhor e possui-

dor)²². PONTES DE MIRANDA insiste em considerar erro crasso se supor, sempre, haver necessidade de "ofensa à posse" para legitimar os embargos "como se houvesse recuo temporal e científico"²³. Talvez o recuo exista, mas o texto do art. 1046, § 1º é claro e continuar preso ao sentido do texto revogado do 1939 seria, com certeza, negar vigência ao citado no art. 1046, § 1º²⁴.

²² Não se exige, todavia, prova do domínio como ao tempo do Regulamento 737.

²³ Obra citada, p.115.

²⁴ Outra não é, nem poderia ser, a interpretação jurisprudencial do dispositivo:

"Como se viu do relatório antes lido, o Dr. Juiz 'a quo' julgou os embargos improcedentes por falta de amparo legal, isto é, por ausência dos pressupostos substanciados nos arts. 1046 e 1047, II, ambos do CPC, cuja situação acarreta a olho nu a ilegitimidade 'ad causam' da parte embargante, sabido de que, para propor embargos de terceiro o autor deverá, de antemão, ter o domínio e a posse dos bens objeto da constrição judicial ou, pelo menos, a posse deles. Tal, não há falar ao contrário, não ocorre no caso em exame ..."

Acórdão da 2ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás na Apelação Cível nº 10.008, Rel. Des. Leôncio Pinheiro de Lemos, julgado em 26.05.77. In *Jurisprudência Brasileira*. Curitiba, v.27, Juruá, 1979, p.104.

"As embargantes são carecedoras dos embargos de terceiro. A via dos embargos de terceiro é reservado à defesa da posse da coisa ou concomitantemente da posse e do domínio. No caso dos autos as terceiras embargantes não têm nem o domínio das coisas penhoradas".

Acórdão da 2ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, na Apelação Cível nº 229.597, Rel. Juiz Geraldo Arruda, julgado em 13.04.77. In *Obra citada*, p.271.

"EMBARGOS DE TERCEIRO-PENHORA-SENHOR E POSSUIDOR-POSSE-DOMÍNIO-CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 1046.

"EMENTA:

"Ao terceiro possuidor, turbado ou esbulhado, é dado opor seus embargos a título de possuidor e também de senhor se o for; mas não é conferida a via dos embargos de terceiro a quem pretenda opor-se à execução apenas a título de senhor".

Acórdão da 2ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Apelação Cível nº 226.622. Rel. Juiz Geraldo Arruda, julgado em 03.11.76. In *Obra citada*, p.281.

4 — DIREITO COMPARADO, BREVES NOTAS

Justifica-se, ainda, a inserção neste trabalho introdutório de breves notas a respeito de como os demais sistemas jurídicos tratam a matéria.

Como já se indicou, estes se dividem entre os que mantêm separados os meios defensivos de terceiros (Brasil, Portugal) e aqueles que os unificam em um só instituto que faz as vezes de nossos embargos e do recurso de terceiro prejudicado. Neste último grupo encontramos o direito processual francês, onde, como já se expôs, a oposição de terceiro (*tierce opposition*), com a mesma estrutura fundamental desde a Ordenação de 1667, passou pelo art. 474 do antigo Código de Processo Civil e hoje se encontra prevista no art. 583 do Code de Procedure Civil de 1975²⁵, apresentando-se como uma via re

²⁵ "Art. 583. Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque.

Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent toute fois former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres.

En matière gracieuse, la tierce opposition n'est ouverte qu'aux tiers auxquels la décision n'a pas été notifiée.

"Art. 583. Pode oferecer oposição de terceiro qualquer pessoa que tenha interesse, desde que não tenha sido parte nem representada no julgamento impugnado.

Os credores e outros que tenham condição de parte podem, contudo, propor oposição de terceiro contra o julgamento proferido em fraude a seus direitos ou se invocarem razões de natureza pessoal.

Em matéria de jurisdição voluntária, a oposição de terceiro só é admitida aos terceiros que não tenham sido intimados da decisão."

cursal a desempenhar conjuntamente as funções que em nosso direito têm os embargos de terceiro e o recurso de terceiro prejudicado.

Seguiu-lhe os passos o direito processual italiano, cuja "opposizione del terzo" (arts. 404 e 619) é via para anular sentenças em que o terceiro não é parte e para impedir a execução sobre seus bens.

Na Alemanha, vedado ao terceiro discutir a justiça do julgamento entre os demandantes, sob o fundamento de que o efeito da coisa julgada é apenas "inter-partis", limita-se a possibilidade de intervenção do terceiro à defesa de seus bens (ZPO, § 766).

O sistema do Código de Processo Civil Português é talvez o mais completo e interessante no que tange à proteção dos interesses de terceiros. Mantém a separação dos remédios como nosso direito, mas dá-lhes maior amplitude.

Os embargos de terceiro, com a função de subtrair à execução bens de terceiro, tais como em nossa lei, estão postos no art. 1037:

"Quando a penhora, o arresto, o arrolamento, a posse judicial, o despejo ou qualquer outra diligência ordenada judicialmente, que não seja apreensão de bens em processos de falência ou de insolvência, ofenda a posse de terceiro, pode o lesado fazer-se restituir à sua posse por meio de embargos".

A oposição, tal qual a conhecemos (terceiro que se pretende com direito, no todo ou em parte, sobre a coisa ou direito a respeito do qual litigam autor e réu) está disciplinada no art. 342.

O art. 778 trata por seu turno da oposição de terceiro que é via recursal:

"Quando o litígio assente sobre um ato simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o art. 665, por não se ter apercebido da fraude, pode a decisão final, depois do trânsito em julgado, ser impugnada mediante recurso de oposição de terceiro que com ela tenha sido prejudicado".²⁶

E, por fim, existe o dispositivo do art. 665 (mais amplo que a norma do art. 129 de nosso Código, pois não limita a ação do Juiz ao processo pendente):

"Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzem a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objetivo anormal perseguido pelas partes".

²⁶ Note-se que embora se cuide de recurso seu uso pode — só pode — (o dispositivo é expresse) se dar após o trânsito em julgado da sentença, ao contrário de nosso recurso de terceiro prejudicado (CPC, art.499).

5 — PLANO

Situado o tema, buscada sua definição, delineada sua origem histórica e brevemente visto como as demais legislações tratam do instituto, posta está a matéria que pretendíamos examinar à guisa de introdução ao tema propriamente dito. No estudo deste, em três partes, por conveniência de exposição da matéria, examiná-lo-emos. Primeiro, veremos os fundamentos e a natureza jurídica dos embargos de terceiro: cuidaremos da classificação da ação de embargos de terceiro, de sua distinção de ações afins e das hipóteses autorizadoras de seu manejo, inclusive questões de direito material que, olvidadas, não permitem exame abrangente do nosso tema.

A dois, examinaremos o processo dos embargos de terceiro, abrangidas aí as questões da legitimação em ambos os pólos da relação processual, do órgão judicial, do exame do procedimento específico desta ação e da natureza da decisão.

Por fim, à guisa de conclusão, voltaremos a atenção para os limites da lide posta nos embargos de terceiro e a amplitude da coisa julgada produzida pela sentença nesta ação especial proferida, no que toca a seus limites objetivos.

P A R T E I

FUNDAMENTOS E NATUREZA JURÍDICA DOS

EMBARGOS DE TERCEIRO

1 — NATUREZA JURÍDICA

A princípio não houve consenso doutrinário a respeito da natureza jurídica dos embargos de terceiro, preponderando, então, sua classificação como ação declarativa. ZANZUCHI doutrinava:

*"De tudo que foi dito resulta que 'a oposição de terceiro' é na sua substância uma ação de declaração negativa, uma ação que é tendente à declaração da ilegitimidade material da execução em relação a seu objeto face a um terceiro. Esta declaração negativa implica a declaração positiva do direito que o terceiro oponente pretende ter com relação ao objeto da execução"*²⁷.

No mesmo sentido, ENRICO REDENTI, sustentava:

*"Acrescentarei apenas que a oposição de terceiro, enquanto se dirige a modificar uma decisão, ou, como diz o artigo citado (art. 510 do Código de Processo Civil italiano de 1865 — nota nossa) uma 'sentença prolatada' entre outras pessoas tem essa característica de verdadeira e própria ação de mera declaração (negativa)"*²⁸.

²⁷ *"Da tutto quanto precede risulta che anche l'opposizione di terzo è nella sua sostanza un'azione di accertamento negativo, un'azione cioè tendente all'accertamento della ilegitimità materiale dell'esecuzione in rapporto al suo oggetto di fronte ad un terzo. Questo accertamento negativo implica l'accertamento positivo del diritto che il terzo opponente pretende avere riguardo all'oggetto dell'esecuzione". ZANZUCHI, Marco Tullio. Diritto processuale civile. 6.ed., Milano, A.Giuffrè, 1964, v.3, p.343.*

²⁸ *"Soggiungerè soltanto che l'opposizione di terzo, in quanto è diretta a far modificare un rapporto o, come dice l'art. cit., una 'sentenza pronunciata' fra altre persone, ha auch'essa carattere di vera e propria azione di mero accertamento (negativo)". In Il Giudizio Civile con pluralità di parti. Milano, Giuffrè, 1960, p.103.*

Na realidade na sentença que acolhe embargos de terceiro há mais do que declaratividade: implica impedir a realização (ou desfazer) ato judicial anteriormente determinado ou praticado, o que não poderia ocorrer em função de sentença apenas declaratória.

Percebendo tal é que a doutrina, especialmente italiana, voltou-se para a classificação da sentença como constitutiva, geralmente apondo-lhe o traço da negatividade (ação constitutiva negativa). CHIOVENDA apontou:

*"A oposição (de terceiro. — nota nossa) não visa a uma mera declaração, senão que tem efeito constitutivo, de vez que suprime **com relação ao terceiro** a sentença e a sua executoriedade"*²⁹.
(grifo do original)

Entre nós ainda seguem-lhe os passos doutrinadores de renome, como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

*"A melhor conceituação dos embargos de terceiro é portanto, a que vê nesse remédio processual u ma ação de natureza constitutiva, que busca **des constituir** o ato judicial abusivo, restituindõ as partes ao estado anterior à apreensão impugnada"*³⁰. (grifo do original)

²⁹ "La oposición no se propone una mera declaración, sino que tiene efecto constitutivo, en cuanto suprime **respecto del tercero** la sentencia y su executoriedad". CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesual Civil*. Tradução espanhola de Jose Casais y Santalo. Reus, Madrid, 1941, v.2, tomo 2, p. 527.

³⁰ Processo de Execução. p.368.

A opinião do professor mineiro funda-se na lição de CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, que afirma:

*"São os embargos de terceiro definidos na sua natureza jurídica, sob dois ângulos: sob o ponto de vista do direito privado, em que os autores notam a sua natureza de ação declaratória, negativa (finalidade de negar a propriedade do executado sobre os bens apreendidos) e positiva (afirmando a propriedade do embargante sobre os mesmos bens); sob o ponto de vista do Direito Público Processual, no ângulo da ilicitude do ato processual, ato abusivo do Juízo, em que, quase um recurso, assume a natureza de ação constitutiva, para a desconstituição do ato judicial aludido, restituindo as partes (dos embargos de terceiro) ao estado anterior ao ato de apreensão ... Mais acertada é ... a definição da natureza dos embargos de terceiro sob o ângulo processual aludido, mesmo porque a eventual declaração do direito à coisa, no ponto de vista privatista aludido, não é a finalidade dos embargos de terceiro"*³¹. (grifo do original)

Na ação de embargos de terceiro há mais do que declaratividade, pois que se desfaz ou se impede que se faça determinado ato processual, antes realizado ou apenas determinado e, normalmente, há menos que constitutividade, pois que não se desconstitui a sentença ou ato embargado em relação às partes³². A dificuldade em compreender a natureza jurídica de nossa ação vem da própria insuficiência da tradicional classificação das ações em declaratórias, constitutivas e condenatórias, que — parece inegável — não logra encerrar as diver-

³¹ *Processo de Execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1973. p.201-202.

³² PONTES DE MIRANDA exemplifica que, mesmo julgados procedentes embargos de terceiro possuidor, permanece penhorável o direito de reivindicação do devedor (senhor) contra o terceiro possuidor. In *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, v.XV, p.9-10.

sas cargas eficaciais que em várias ações e sentenças — entre as quais a de embargos de terceiro — podem se conter.

A doutrina mais rigorosa percebeu que além desta classificação tripartite impunha-se distinguir — entre as ações de conhecimento — as ações executivas "latu sensu"³³ e as ações mandamentais. A característica básica dessas é que da sentença decorre mandado judicial, ordem, para que pessoa determinada atenda, imediatamente, ao mandamento do Juiz.

Foram primeiramente percebidas por GEORG KUTTNER³⁴, que as vislumbrou "*quando a sentença viesse a ordenar que algum ato fosse praticado por servidor ou órgão do Estado, que não participou da ação*"³⁵. Tal categoria de ações foi divulgada entre nós por PONTES DE MIRANDA, a quem se deve o incontestável mérito de haver percebido que as eficácias das sentenças não são exclusivas, mas nelas se cumulam diversas cargas, devendo sua classificação se fazer pela carga preponderante.

O elemento preponderante na ação de embargos de terceiro é o mandamental³⁶, pois que da sentença de acolhimento

³³ Nestas, a sentença, proferida em processo de cognição, já contém em si própria, força executiva.

³⁴ Urteilswirkungen ausserhalb des zivilprozesses (Efeitos da sentença fora do processo civil), 21 s., 31 s. Citado por PONTES DE MIRANDA. *Tra*tado das Ações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, tomo VI, 1976. p. 9 e por COUTO E SILVA, Clóvis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.XI, tomo II, 1982. p.440-441.

³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis. *Obra citada*, p.441.

³⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. v. 15. p.9.

resulta ordem, mandamento para que não se realize o ato constitutivo judicial que foi determinado ou se o desfazer. E como sua eficácia é apenas processual (o juiz manda desfazer ou manda não fazer ato processual) é ação mandamental processual³⁷ (a sentença produz efeitos — ao menos imediatos — no plano de processo e não do direito material). Por seu turno, a ordem visará normalmente a obstar se execute determinado ato processual — ordem de não fazer, mandamento negativo, pelo que a ação é mandamental processual negativa³⁸. Sabido, porém, que as diversas eficácias se cumulam na sentença, resta saber qual o elemento eficaz imediato na ação de embargos de terceiro e na sentença de procedência nela proferida. É impossível responder a priori à questão, pois a ordem dos demais elementos é variável: a) normalmente vem em segundo lugar, a eficácia declaratória; b) porém, em se tratando de embargos de terceiro opostos em função de ato constitutivo determinado em ação cautelar, aparece em segundo lugar o elemento constitutivo (negativo), bem assim quando o ato atacado é nulo de pleno direito, caso em que há verdadeira cumulação de ações; c) pode ainda passar à frente o elemento condenatório; e d) nos embargos opostos contra constrição determinada em execução salta à frente o elemento executivo oposto. Assim, para mais fácil compreensão, poder-se-ia representar graficamente (ainda se reconheçam fundadas as restrições que se fazem à tentativa de enquadrar em modelo de precisão matemática — cin

³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. Obra citada, p.456.

³⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. Tomo VI. p.275.

co variáveis de constante 15 — o complexo problema das diferentes cargas eficaciais possíveis nas sentenças), da seguinte forma as diversas combinações que podem se apresentar das cargas de eficácia na ação de embargos de terceiro:

	DECLARATÓRIA	CONSTITUTIVA	CONDENATÓRIA	MANDAMENTAL	EXECUTIVA
a)	4	1	2	5	3
b)	3	4	1	5	2
c)	2	1	4	5	3
d)	3	1	2	5	4

2 — EMBARGOS DE TERCEIRO E AÇÕES E INCIDENTES SEMELHANTES

Apresentam os embargos de terceiro pontos de contacto com diversas ações e incidentes processuais. Com as ações possessórias, assemelham-se por terem na posse seu necessário fundamento; os embargos de terceiro senhor e possuidor identificam-se, enquanto fundados em alegação de domínio, com a reivindicação; com a oposição têm em comum o fato de ser forma de intervenção voluntária de terceiro em processo alheio, a pretender direito sobre bem em litígio; ao recurso de terceiro prejudicado ligam-se por serem meio defensivo atribuído a terceiro atingido por eficácia reflexa de sentença proferida entre outras partes. Mas a par de tais elementos de semelhança, há outros que diferenciam a ação que estudamos dos institutos em questão. Trataremos de esclarecer as identidades e apontar as diferenças.

a) Embargos de terceiro e ações possessórias e reivindicatórias

§ 1º) Ações possessórias

Os embargos de terceiro são ação possessória especial.

"O atual CPC considerou os embargos de terceiro como uma espécie de tutela possessória, com exceção da hipótese prevista no art. 1047, II, em que se cuida, evidentemente, de proteção ou tutela, inclusive preventiva, de direito"³⁹.

PONTES DE MIRANDA sustenta posição diversa:

"Os embargos de terceiro não são remédio jurídico possessório; são ação que se pode basear na posse. Frise-se: que se pode basear. Os argumentos da Lei de 22 de dezembro de 1762, Título 3, § 12 estavam, nesse ponto, errados; não se trata de ação de manutenção de posse — é ação contra ato judicial, ação de mandamento (negativa), que exclui, ainda em caso de simples posse, a atuação do mandado do juízo ..."⁴⁰.

A posição do mestre se justificava ante a letra do Código de 1939, cujo art. 707 autorizava o uso dos embargos por terceiro que sofresse turbacão ou esbulho em sua posse ou direito. O CPC atual limitou e, hoje, os embargos só se podem fundar em posse ou conjuntamente em posse e domínio e exceto se propostos pelo credor com garantia real, são espécie do gênero ações possessórias. Nem impressiona o argumento de que seriam ação de mandamento e não ação possessória. São ação possessória especial, como se disse a classificam-se entre as ações mandamentais, da mesma forma que as ações de manutenção de posse e de interdito proibitório são mandamentais⁴¹. Aliás,

³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. Obra citada, p.457.

⁴⁰ Comentários ao Código de Processo Civil de 1973. V.XV. p.74.

⁴¹ Aqui exsurge a utilidade da distinção: enquanto os embargos de terceiro são ação mandamental **processual**, as ações de manutenção de posse e de interdito proibitório são mandamentais **materiais**; todas elas visam a mandamento **negativo**.

o direito português, expressamente, considera os embargos de terceiro espécie dos meios possessórios, regrando-os em seção (seção II) do mesmo capítulo onde dispõe sobre ações possessórias⁴².

Decorreria daí que, em tudo, assemelham-se os embargos de terceiro às ações possessórias e pode-se usar indistintamente um ou outro remédio?

A resposta há de ser pela negativa. Os embargos de terceiro são ação possessória especial, repete-se. Será a origem do ato turbativo ou esbulhativo que determinará o uso deste remédio possessório especial ou dos remédios possessórios comuns. Se a turbação ou esbulho provém da execução (ou ameaça de execução) de um ato judicial, se se busca mandamento contra ordem do Estado-Juiz, o remédio idôneo são os embargos de terceiro e o possuidor não pode se valer dos interditos; se o ato molestador da posse foi praticado por particular ou mesmo pelo Estado-Administração (ato do Estado que não esteja no exercício da jurisdição), o possuidor deve se utilizar das ações possessórias comuns, estando-lhe vedada a via dos embargos de terceiro: esta só se viabiliza quando a turbação ou esbulho decorre de ato de apreensão judicial (CPC, art. 1046, "caput").

Além da diversidade das hipóteses autorizadoras de seu manejo, a especialidade dos embargos de terceiro em relação às ações possessórias comuns impõe outras não coincidên-

⁴² Arts. 1037 a 1043.

cias entre si.

a) Por expressa disposição legal o procedimento é diverso. Além de regrados em diferentes dispositivos, topologicamente diferenciada sua inserção no Código, saliente-se que enquanto o rito dos embargos de terceiro é especialíssimo, o das ações possessórias comuns após a contestação, é ordinário (CPC, art. 931).

b) Nos casos em que a defesa do possuidor deve se fazer pela via dos embargos de terceiro, não tem este direito ao desforço imediato; nem se poderia conceber o desforço contra determinação judicial, ato típico de soberania.

c) Não é viável cumular o pedido de proteção possessória nos embargos de terceiro com perdas e danos, cominação ou desfazimento de construção ou plantação como autoriza o art. 921 do estatuto processual, no tocante às ações possessórias comuns.

d) Nos embargos de terceiro, ainda que a turbação ou esbulho date de mais de ano e dia caberá a concessão de medida liminar, pois o art. 1051 não faz qualquer restrição; ao demais, nos embargos de terceiro o procedimento é sempre especial, ao contrário das ações possessórias comuns de força velha que seguem o rito comum (CPC, art. 924).

e) O chamado "caráter dúplice" das ações possessórias comuns, a permitir se formule, em sede de contestação, pedido contra o Autor, que normalmente só em reconvenção se via-

bilizaria (CPC, art. 922) não se estende aos embargos de terceiro, à falta de dispositivo expresso e inviável a aplicação analógica de regra que cria exceção às normas gerais de direito processual.

f) Ademais, nos embargos de terceiro pode-se levantar questão de domínio (embargos de terceiro senhor e possuidor), além de que estes podem se fundar, além da posse, em direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese - CPC, art. 1047, inciso II).

Note-se que aos embargos de terceiro, face mesmo à sua especialidade, não se aplica o princípio da "fungibilidade" das ações possessórias de que trata o art. 920 do CPC, cuja própria localização no Código indica que só àquelas ações previstas no Capítulo V do Título I do Livro IV se refere.

Questão que exige exame mais detido é sobre a aplicabilidade aos embargos de terceiro da regra do art. 923 do CPC que veda a propositura de ação de reconhecimento de domínio na pendência de ação possessória.

§ 2º) Propositura de ação petitória na pendência dos embargos

A própria questão sobre a vedação da propositura de ação reivindicatória na pendência de ação possessória é deveras controvertida, inexistindo consenso na interpretação do

art. 923 de nosso Código de Processo Civil. Já o Simpósio de Processo Civil, realizado na cidade de Curitiba, em outubro de 1975, examinando dúvidas advindas da exegese do então novo Código, aprovou por maioria a conclusão LXIII:

*"O art. 923, 1ª parte, só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio"*⁴³.

Tal posição, porém, não foi de consenso, e mereceu contestação, entre outros, de ERNANI VIEIRA DE SOUZA⁴⁴ e de CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR⁴⁵.

O Pretório Excelso, em Tribunal Pleno, apreciou a questão restrito à matéria de inconstitucionalidade do art.

⁴³ Conclusões do Simpósio de Curitiba in *Revista da Associação dos Juizes do R.G.do Sul*. nº 6, p.148-156. A 2ª parte do art. 923 do CPC ("*Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquela a quem evidentemente pertencer o domínio*") foi revogada pela Lei nº 6820 de 16.09.80.

⁴⁴ A incompatibilidade entre a ação possessória e a reivindicatória. In *Revista da Ajuris*. nº 13, p.120-136.

⁴⁵ Voto no julgamento do Agravo de Instrumento nº 31.267, de Tramandaí. Decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In *RJTJRS* 73/470.

923 do CPC⁴⁶, decidindo pela conformidade do preceito em questão ao disposto na Carta Magna. Explicitou, porém, o relator, Ministro Moreira Alves:

"Mesmo, porém, a interpretação literal — que não se me afigura a melhor — não padece do vício de inconstitucionalidade, razão porque não é inconstitucional o preceito do Código, nem a interpretação seguida pelo acórdão recorrido, que se ateve à literalidade da norma legal".
(grifei)

E o Ministro CORDEIRO GUERRA foi ainda mais explícito:

"... a razão da arguição de inconstitucionalidade desse dispositivo é o elastério que se tem verificado na interpretação de que, na vigência de qualquer ação possessória, está vedada a ação reivindicatória.

"Ora, com esta extensão, esse dispositivo, a meu ver, pelo menos tangenciava a inconstitucionalidade, ou afrontava a garantia da propriedade, porque se a propriedade não pode ser reivindicada — pois há simplesmente uma ação possessória, qualquer que seja o seu fundamento ou até o seu desfundamento — era de se deixar o proprietário ao desamparo.

⁴⁶ O acórdão está assim ementado: "Concorrência de ações. Ação de reivindicação e ação possessória. Trancamento da ação de reivindicação e ação possessória. Trancamento da ação de reivindicação com base na interpretação literal da primeira parte do art. 923 do Código do Processo Civil.

"Aplicando-se à hipótese o art. 308, VII, do Regimento Interno, e havendo sido rejeitada a arguição de relevância, o recurso extraordinário só poderá ser apreciado no que diz respeito à alegação de ofensa ao artigo 153, caput e § 22, da Emenda Constitucional nº 1/69.

"Não é inconstitucional o art. 923, 1ª parte, do Código de Processo Civil, não o sendo também a interpretação literal que lhe deu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido". In Revista Trimestral de Jurisprudência, v.91. p.594.

"É bom que se explicita isto neste acórdão, dando realce ao entendimento do Simpósio de Curitiba, consagrado pelo eminente Ministro Moreira Alves, porque esse dispositivo tem que ser interpretado de modo a não privar o proprietário do seu direito à reivindicação.

"Somente naqueles casos em que a disputa de posse se baseia em título dominical é que se há de aplicar o artigo inquinado. Fora daí, o proprietário tem o direito de reivindicar a propriedade de quem quer que injustamente a detenha"⁴⁷.

No que tange aos embargos de terceiro, é preciso diferenciar as duas situações possíveis: embargos de terceiro senhor e possuidor e embargos de terceiro só possuidor.

a) Se os embargos são de terceiro senhor e possuidor a questão de domínio faz parte da lide e pode ser objeto da contestação, na qual o embargado poderá demonstrar que o bem não pertence ao embargante, conduzindo à improcedência dos embargos. Não terá o embargado interesse para propor outra ação, petitória, e se o fizesse seria obstado pela exceção de litispendência, pois a questão é objeto da ação, já proposta, de embargos de terceiro.

b) Se os embargos são de terceiro apenas possuidor, a questão de domínio não é objeto da lide e por isto a ela não

⁴⁷ Em Revista dos Tribunais, v.507, p.194, decisão por maioria da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, admitindo a propositura de ação reivindicatória pelo réu em ação possessória. Apelação Cível nº 9057, Campo Grande, julgado em 5.7.77, relator designado Des. Leão Neto do Carmo.

No direito português, qualquer das partes na ação possessória pode suscitar a questão de domínio; desenvolveu-se então um procedimento especial, previsto nos arts. 1034 e 1035 do CPC português com resposta à contestação (Cf. COUTO E SILVA, Clóvis, obra citada, p.449).

se estende a matéria de contestação. Mas já questionada, com argumentos ponderáveis, a literalidade da interpretação do art. 926 do CPC no que tange às ações possessórias comuns, não se pode pretender sua aplicação aos embargos de terceiro, à falta de disposição legal expressa, face ao caráter especialíssimo destes e porque em embargos de terceiro apenas possuidor não se disputa a posse a título de domínio. Então, propostos embargos de terceiro apenas possuidor, poderá(ão) o(s) embargado(s)⁴⁸ propor ação petitória dos mesmos bens, alegando domínio⁴⁹.

§ 39) Embargos de terceiro e ação de reivindicação

Os embargos de terceiro apenas possuidor não possuem com a ação de reivindicação maiores pontes de contacto (pois neles nem se discute domínio) mas não impedem a propositura, mesmo enquanto não decididos, da ação petitória, como já se viu.

Os embargos de terceiro senhor e possuidor têm, com a reivindicação o ponto em comum de fundarem-se na alegação de domínio. Mas além das evidentes diferenças de procedimento (especialíssimo, nos embargos; comum, na reivindicação) os em

48 Inclusive o executado nos casos em que também ele é réu nos embargos — vide, adiante nº 1 da Parte II, sobre legitimidade das partes em embargos de terceiro — v.g., quando foi ele que nomeou à penhora os bens objeto dos embargos.

49 No sentido do texto quanto à conclusão (admissibilidade da propositura da ação de reivindicação pelo embargado): COUTO E SILVA, Clóvis. Obra citada, p.490.

bargos fundam-se, então, em domínio e posse; a reivindicatória, necessariamente em domínio sem posse. Na célebre lição de FRAGA "os pressupostos jurídicos, para o exercício normal da reivindicação, são um proprietário não possuidor e, um possuidor não proprietário. Ao autor deve faltar a posse e ao réu o domínio"⁵⁰. Para propor embargos de terceiro senhor e possuidor, seu autor deve ser proprietário e possuidor a reagir contra injusta apreensão judicial do bem de que tem domínio e posse.

b) Embargos de terceiro e oposição

Embargos de terceiro e oposição têm, sem dúvida, traços comuns, meios processuais de manifestar resistência de terceiro à pretensão de outrem que são. Eventualmente, como se verá, pode o terceiro optar por veicular por uma ou outra via processual mesma pretensão de direito material.

Mas diferem. Não se deve exagerar, essas identidades acidentais, acima dos vários traços distintivos dos mesmos. Note-se que jurista da estatura de CÂMARA LEAL chegou a incidir em tal equívoco, sustentando que os embargos de terceiro são verdadeira modalidade de oposição, de vez que o embargante pleiteia direito seu contra pretensão dos litigantes, apenas com a peculiaridade de que são, em regra, opostos contra a pretensão de só uma das partes⁵¹.

⁵⁰ FRAGA, Afonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo, Saraiva, tomo I, 1940. p.148.

⁵¹ Obra citada, p.130.

Na verdade, enquanto a oposição se dirige contra pretensão de ambas as partes no processo original, os embargos de terceiro são dirigidos contra ato judicial (normalmente feito por provocação de uma só das partes — o credor embargado). O fundamento da oposição é mais amplo que o dos embargos de terceiro; lá, pretender no todo ou em parte, coisa ou direito sobre que controvertem as partes originais; aqui, ter posse (ou posse e domínio) sobre bem constrito em processo a-lheio. O rito, em ambos os institutos, é fundamentalmente di-verso. O tempo de sua propositura é diferente: na oposição, só até sentença (isto é, decisão de primeira instância) no pro-cesso de conhecimento (CPC, art. 56); nos embargos, a qual-quer tempo no processo de conhecimento (logo, mesmo quando este se encontra em grau de recurso) e, ainda, no processo de execução, até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição, desde que ainda não haja sido assinada a carta (CPC, art. 1048). Por derradeiro, os efeitos da coisa julgada são mais amplos na oposição que nos embargos de terceiro⁵².

Na verdade, a oposição é mais ampla que os embargos de terceiro. Por isto, em **certos casos** o terceiro poderá op-tar entre propor a oposição e os embargos, pois qualquer um dos remédios será hábil. Por exemplo, "A" compra de "B" apar-tamento; "C" tinha contrato de locação do mesmo apartamento a prazo determinado, com cláusula de validade contra terceiro,

⁵² Ver, a respeito, a parte final deste trabalho. A jurisprudência tem su-blinhado as diferenças entre os embargos e a oposição: RT 506/145. Jul-gados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo (JTACiSP 49/116).

registrado. "A" ingressa com ação de imissão de posse do apartamento contra "B", que lhe prometera tal. "C" pode, até sentença no processo de conhecimento, oferecer oposição ou opor embargos de terceiro; após a sentença, só restará aberta a via dos embargos. Ou ainda: "A" aluga um terreno a "B"; "C" antes obtivera a posse do terreno por outro contrato, registrado. "B" ingressa com ação de imissão de posse contra "A"; até a sentença "C" pode optar pela via da oposição ou dos embargos⁵³.

Em síntese, o terceiro tem opção entre as vias da oposição e dos embargos de terceiro quando for veicular sua pretensão no curso do processo de conhecimento, antes da decisão de primeiro grau e se fundar a possível oposição em ser o oponente possuidor ou senhor e possuidor. Mas sempre restarão as diferenças de rito, inclusive quanto à possibilidade de concessão de medida liminar, que só nos embargos se viabiliza. O fundamento da oposição é mais amplo (engloba o dos embargos) mas seu tempo é menor (depois da sentença só restam os embargos, nos casos em que cabem) e só nos embargos há medida liminar.

c) Embargos de terceiro e recurso de terceiro prejudicado

Embargos de terceiro e recurso de terceiro prejudicada

⁵³ Exemplos dados por PONTES DE MIRANDA, Comentários do CPC de 1973, tomo XV, p.16.

do (CPC, art. 499, "caput" e § 1º) têm em comum ser ambos remédio processual posto à disposição de terceiros para obviarem prejuízos que lhes podem vir de processos alheios. Mas se diferenciam claramente:

a) O fundamento do recurso de terceiro prejudicado é mais amplo: prejuízo advindo da coisa julgada material⁵⁴ — *rectius*, da eficácia reflexa de sentença proferida entre outras partes — enquanto o dos embargos é só posse ou posse e domínio.

b) Pelos embargos de terceiro pode-se impedir se pratiquem atos decorrentes de qualquer tipo de decisão judicial (sentença, decisão interlocutória ou mero despacho), enquanto pelo recurso de terceiro prejudicado só se podem atacar atos judiciais recorríveis (sentenças e decisões interlocutórias).

c) Enquanto os embargos, em princípio, podem ser opostos a qualquer tempo, até cinco dias após a arrematação, remissão ou adjudicação, desde que ainda não assinada a carta, o recurso de terceiro prejudicado tem prazo certo e preclusivo para a sua interposição, como qualquer recurso.

d) Os embargos de terceiro visam a julgamento originário em primeiro grau de jurisdição, com eventual recurso posterior, coisa que decorre do próprio princípio do duplo grau de jurisdição. Com o recurso de terceiro prejudicado, salvo no caso de agravo de instrumento no qual há juízo da retrata-

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários*, p.16.

ção, não se obtém, evidentemente, um julgamento de primeiro grau, face à própria regra do art. 563 de nosso estatuto processual, que veda a alteração da sentença de mérito pelo próprio Juiz, uma vez prolatada⁵⁵.

Aponte-se, ainda, que exceto naquilo que for objeto de coisa julgada na decisão do recurso, os embargos e o recurso de terceiro não são excludentes, pelo que poderá o terceiro utilizar-se sucessiva ou mesmo concomitantemente (se neles veicular pretensões distintas) de ambos os institutos.

d) Embargos de terceiro e oposição de terceiro

Nosso direito não conhece a oposição de terceiro do direito português⁵⁶.

A "tierce opposition" do direito processual francês e a "opposizione di terzo" italiana não têm similar exato no nosso direito mas reúnem, em um só instituto, os remédios de nossos embargos e do recurso de terceiro prejudicado: são meio de livrar bens de terceiro de constrição determinada, em processo alheio e de impugnar sentenças entre outras partes⁵⁷.

A oposição de terceiro do direito português, por sua

⁵⁵ OLIVEIRA CONDE. Obra citada, p.85.

⁵⁶ Vide a respeito: BUZAID, Alfredo. Deverá instituir-se no Brasil a oposição de terceiro? In *Revista do Direito Processual Civil*, nº 1, p. 83.

⁵⁷ Vide nº 4, retro, da introdução deste trabalho (notas sobre direito comparado).

vez, é interessante recurso posto à disposição de terceiro, só admissível após o trânsito em julgado da sentença (!) — CPC português, art. 770 — para permitir a terceiros impugnar sentenças obtidas por autor e réu em conluio, em prejuízo do opo_oente. O instituto não tem similar no nosso direito.

3 — HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO MANEJO DOS EMBARGOS

a) Posse e domínio

Como já se viu, os embargos de terceiro, na hipótese mais comum, podem se basear só na posse ou na posse e na propriedade. Só o domínio não basta: o titular de domínio sem posse não pode se utilizar dos embargos de terceiro, mesmo que se dirija contra ato judicial. Tem que se valer da ação reivindicatória, diante do ato judicial constrictivo ou da ação negatória diante da possibilidade de futura lesão à sua propriedade⁵⁸.

Se os embargos são de terceiro senhor e possuidor o que difere é a lide que se estabelece; a pretensão tem fundamento mais amplo, o que também dá maior amplitude à defesa: discute-se domínio, o que é vedado na ação possessória (Código Civil, art. 505; CPC, art. 923)⁵⁹.

⁵⁸ COUTO E SILVA, Clóvis. *Comentários*, p.444

⁵⁹ No direito português os embargos de terceiro são espécie dos "meios possessórios". Mas o processo luso permite que mesmo nas ações possessórias se levante a questão de domínio:

"Art. 1034: (*Invocação do direito de propriedade*) 1. O réu pode na contestação, alegar que tem o direito de propriedade sobre a coisa, objeto da ação, e formular o pedido de reconhecimento de direito" (este artigo se encontra na seção que trata das ações possessórias).

"Art. 1042, alínea "b": O embargado pode alegar na contestação, não só que tem o direito de propriedade sobre os bens mas também que esse direito pertence à pessoa contra quem a diligência foi promovida" (o artigo pertence à seção que cuida dos embargos de terceiro).

É indiferente à admissibilidade dos embargos o direito em que o embargante embasa sua posse, seja direito real ou direito pessoal. Os embargos se fundam na posse e esta pode vir indistintamente de direito real (uso, usufruto, habitação, etc., além, evidentemente, do domínio) ou de direito pessoal (locação, comodato, etc.). Às vezes, desmembradas posse direta e indireta, uma pode advir de direito pessoal e outra de direito real. Assim, na locação, com cláusula de validade contra terceiros e contrato registrado, em que o locador é proprietário, o locatário tem posse direta fundada em direito pessoal e o locador posse indireta fundada em direito real. Ambas as posses conferem legitimidade ativa **concorrente** para oposição de embargos de terceiro: tanto o possuidor direto como o indireto podem valer-se deles.

b) Direito real de garantia

Além dos embargos de terceiro senhor e possuidor ou apenas possuidor cabem embargos do credor com garantia real para obstar a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese (CPC, art. 1046, inciso II).

Aqui não se exige, necessariamente, do embargante posse, de vez que não a tem na hipoteca, nem em algumas espécies de penhor (v.g., penhor agrícola e pecuário).

Com a amplitude que hoje tem, a norma surgiu pela primeira vez no Código estadual paulista, art. 89, inciso II:

"Admitem-se embargos de terceiro:

.....

"II. Para o credor com garantia real obstar a venda judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese".

Antes, o decreto nº 169-A, de 1890, no art. 16 e o Código do Rio Grande do Sul no art. 982, 2ª parte, só o facultavam ao credor hipotecário.

O Código nacional de 1939 nada dispôs a respeito expressamente, mas valendo-se dos termos amplos do art. 707 daquele diploma continuaram os credores hipotecários a opor embargos de terceiro. A jurisprudência vacilou, e, a princípio admitindo tais embargos passou, após, a não os acolher.

Exemplificativos desta mudança de rumos os acórdãos a seguir transcritos. Veja-se que primeiramente decidiram as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Ao credor hipotecário é dado valer-se de embargos de terceiro para obstar execução que recaia sobre a coisa objeto de hipoteca". Recurso de revista no Agravo de Instrumento nº 82.983, Rel. Des. Pedro Chaves, julgado em 16.03.59, por maioria. In *Revista dos Tribunais*, nº 291, p.494.

Mas já no prosseguimento da vigência daquele diploma, alterava-se a orientação jurisprudencial, de que é exemplo o seguinte acórdão também do Tribunal paulista:

"O credor hipotecário ou pignoratício não poderá impedir, via de embargos que outrem penhore, em execução contra o devedor comum, os bens que foram dados em garantia, isso porque o seu crédito, vendendo-se antecipadamente em consequên-

cia do sucesso, não deixando de ser privilegiado, ser-lhe-á satisfeito na própria execução com precedência, aliás, de cuja execução, para a validade da mesma, terá de ser notificado". Acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo. Rel. Medeiros Júnior. Apelação Cível nº 86.332, julgada em 19.04.67, unânime. In *Revista dos Tribunais*, v.384, p.193⁶⁰.

Na verdade, este último sentido em que se firmou a jurisprudência não era, concessa venia, a melhor exegese do art. 707 do Código revogado, dispositivo que previa os embargos de terceiro como meio hábil para a defesa de qualquer "direito", expressão na qual há de se entender abrangido o direito (real, aliás) do credor com garantia.

Provavelmente em função deste entendimento jurisprudencial e também por haver restringido a amplitude do comando contido no art. 707, o atual Código de Processo Civil disse-os admissíveis em regra expressa (art. 1047, inciso II).

Inobstante, mesmo na vigência do novo Código houve quem sustentasse inviáveis tais embargos por inoperantes face à preferência e ao direito de seqüela garantidos ao credor hipotecário e, ainda, a possibilidade de colusão entre devedor e credor hipotecário em prejuízo dos quirografários⁶¹.

⁶⁰ No mesmo sentido, os acórdãos em Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo 14/348 e 25/251.

⁶¹ Neste sentido Paulo Emílio de Andrade Vilhena. Embargos de Terceiro e credor hipotecário. In *Ajuris* 17/47, citando acórdão da 4ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo na apelação nº 208.357.

Ocorre que tal entendimento, inegavelmente, nega vigência ao art. 1047, inciso II do Código de Processo Civil. A demais, conhecida a regra da hermenêutica de que se presume sábio o legislador, pelo que deve se afastar interpretação que considere inaplicável ou absurdo o texto da lei⁶².

Para resolver adequadamente a questão é preciso, primeiro, ter presente que nestes embargos o âmbito da contestação é muito mais limitado, definido no art. 1054 do CPC. É que aqui se cuidam de embargos **petitórios** e por consequência outro será o campo da defesa. Então, diz a lei processual, o embargado só poderá alegar em sua defesa a insolvência do devedor comum, que o título é nulo ou não obriga terceiro, ou que outra é a coisa dada em garantia.

Duas questões, pois, necessitam ser respondidas.

a) Como compatibilizar esta regra com a do art. 615, inciso II do CPC, que manda se intime o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético quando a penhora recair sobre os bens onerados: intimado da penhora poderá o credor com garantia real embargar como terceiro?

b) Uma das defesas expressamente admitidas ao embargado é a alegação de insolvência do devedor comum. Necessita, em tal caso, a insolvência ter sido decretada por sentença?

⁶² CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, 9.ed., Forense, 1979. p.166.

CLÓVIS DO COUTO E SILVA responde à primeira pergunta no sentido de que "embargos de terceiro de credor com garantia real só são admissíveis se ele não houver sido intimado no processo de alienação judicial do bem, objeto da garantia, porquanto, nessa hipótese, a alienação é ineficaz, podendo de fender-se por esse meio"⁶³.

É posição respeitável e que encontra amparo em boa jurisprudência, inclusive do STF:

"Credor hipotecário. Embargos de terceiro. A interpretação que se recomenda dos arts. 813 e 828 do CC c/c os arts. 649, 1047, II e 1054 do CPC é de que os embargos de terceiro, quando fundados na falta de intimação da arrematação ao credor têm o efeito apenas de obstar a realização da praça designada. Efetivada, entretanto, a intimação, o credor hipotecário não poderá impedir que se faça a arrematação, salvo se tiver a legado nos embargos e comprovado que o devedor possui outros bens sobre os quais poderá incidir a penhora. Recurso extraordinário conhecido e provido".

Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 102.257-SP. Rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 15.05.84, unânime. In *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v.110, p. 912.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. Credor hipotecário. Inadmissibilidade se foi ele cientificado da execução e da penhora contra o devedor. Interpretação sistemática dos arts. 1047, II e 1054 do CPC. Recurso extraordinário conhecido e provido".

Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Cordeiro Guerra. Recurso extraordinário nº 91.601-6-MG, julgado em 26.10.79, unânime. In *Revista dos Tribunais*, 541/268.

⁶³ *Comentários*, p.478.

O texto deste acórdão refere "... na espécie, opostos os embargos, alegou o embargado que o devedor comum era insolvente, o que se deduzia da própria execução fundada em dois cheques sem fundo — art. 1054, II, do CPC; cumpria pois ao embargante provar o contrário do que resultava da própria execução embargada".

No mesmo sentido, decidiu a Corte gaúcha de Alçada:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. ARREMATAÇÃO DE BEM HIPOTECADO. HIPOTECA. GARANTIA REAL. INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO. CÓDIGO CIVIL, ART. 826, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 615, 619, 698, 1047 e 1054.

"Praça do imóvel hipotecado.

"Aplicação do disposto nos arts. 615, II, 619 e 698 do CPC, e art. 826 do CC. Embargos de terceiro oferecidos pelo credor hipotecário, com arrimo no art. 1047, II do CPC. Notificado que fora, em tempo hábil, da venda judicial, e vencida a dívida hipotecária, o embargante não alegou nem demonstrou interesse algum legítimo para obstar a realização da praça. Rejeição dos embargos".

Acórdão da 2ª Câmara Cível, Rel. Athos Gusmão Carneiro. Apelação Cível nº 12.723, São Luiz Gonzaga, julgada em 05.10.76, unânime. In *Juris prudência Brasileira*, Ed. Juruá, v.17, p.225.

ou

"EMBARGOS DE TERCEIRO. ARREMATAÇÃO. ALIENAÇÃO JUDICIAL. HIPOTECA. GARANTIA REAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 1047

"Embargos de terceiro.

"Credor hipotecário é carecedor de ação de embargos de terceiro visando a impedir a venda judicial do bem hipotecado, em execução promovida por credor quirografário. A ação do inciso II, do art. 1047, do CPC, pressupõe lesão a direito do credor hipotecário, ou vício processual obstativo da execução. Apelação provida".

Acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Rel. Túlio Medina Martins. Apelação Cível nº 16.101, Santa Maria, julgada em 28.09.77, unânime. In *Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, v.27, p.184.

Todos os grifos são nossos e a eles voltaremos oportunamente. Como, todavia, entendemos que as duas questões propostas estão interligadas, examinemos a segunda.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS⁶⁴ sustenta que a insolvência cogitada pelo art. 1054, inciso I do Código é a judicialmente declarada na forma do art. 751 do mesmo diploma, e não a simples insolvência de fato (déficit patrimonial do devedor). Para CLÓVIS DO COUTO E SILVA⁶⁵ "*a insolvência necessita ter sido decretada por sentença (CPC, art. 761), porquanto neste caso as execuções serão remetidas ao juízo da insolvência, e estando o dia designado para a praça ou leilão, far-se-á arrematação, entrando para a massa o produto dos bens (CPC, art. 762, §§ 1º e 2º)*".

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR sustenta que basta a insolvência de fato, que se traduz na inexistência de outros bens livres a penhorar, não sendo necessário insolvência decretada por sentença, pois neste caso todos os bens são arrecadados na execução coletiva, à qual se submetem inclusive os credores com garantia real, sendo sustadas as execuções individuais, pelo que nem pode haver penhora⁶⁶.

⁶⁴ *Procedimentos especiais*. São Paulo, Saraiva, 1976. p.269.

⁶⁵ *Comentários*. p.478.

⁶⁶ *Processo de Execução*. São Paulo, 11.ed., LEUD, 1986. p.372-373, nota 51. No mesmo sentido: Julgados do TARGS 31/274.

Para nós, o fato do credor hipotecário haver sido intimado da penhora não o impede de opor embargos de terceiro. Aliás, o credor hipotecário deve ser intimado da penhora: o e xequente assim deve requerer (CPC, art. 615, inciso II) e se não o fizer deve o juiz determinar, de ofício, pois lhe compe te velar pela regularidade do processo (CPC, art. 125). Portanto, a hipótese de não ser intimado o credor com garantia real é hipótese de **teratologia** processual, e não se criará uma ação especial visando apenas a hipótese teratológica do processo. Ademais, a ineficácia decorrente deve ser declarada de ofício, ou mediante simples provocação do interessado, sem forma especial, sendo dispensável a propositura de ação especial.

De outra banda, a questão é de certa forma despicienda. Se o terceiro embarga, comparece ao processo; ora, o comparecimento espontâneo supre até a falta de citação (CPC, art. 214, § 1º); *a fortiori*, supre a falta de intimação de que trata o art. 615, inciso II⁶⁷.

Na verdade, todos os acórdãos dantes citados, que dizem inviável opor embargos o credor com garantia real regularmente intimado têm condicionantes, que grifamos:

"salvo se tiver alegado nos embargos e comprovado que o devedor possui outros bens sobre os quais poderá incidir a penhora; o devedor comum era insolvente, o que se deduzia da própria exe

⁶⁷ Mesmo que o credor com garantia real comparasse tão só para arguir a falta da intimação, seria de aplicar-se, analogicamente, o disposto no art. 214, § 2º do CPC.

cução fundada em dois cheques sem fundo; o embargante não alegou nem demonstrou interesse legítimo para obstar a realização da praça; a ação do inciso II, do art. 1047, do CPC, pressupõe lesão a direito do credor hipotecário".

A causa da confusão é, nestes casos, que em tais condicionantes, e não na intimação (esta é sempre de rigor) está a razão da improcedência dos embargos.

Estes condicionantes são, sob uma forma ou outra, a insolvência do credor. Esta insolvência é de fato. Se houvesse de ser a declarada por sentença, muito dificilmente poderia se realizar a hipótese, pois aí não há execuções singulares. Há uma única execução, coletiva, a qual concorrem todos os credores: não há penhora nem arrematação a benefício de credor isolado.

A insolvência de fato é a inexistência de outros bens livres, que possam ser objeto de penhora (CPC, art. 750, inciso I), Mas basta o estado de fato; a partir da decretação por sentença nada mais se cogita com relação a execução singular, pois esta não prossegue.

Portanto, embora regularmente intimado da penhora o credor com garantia real poderá embargar como terceiro; mas a eles poderá se opôr o exeqüente (normalmente um credor quirografário), nas hipóteses do art. 1054 do CPC, sendo que a insolvência de que cogita o inciso I do citado artigo é meramente de fato, e se caracteriza pela inexistência de bens livres penhoráveis, notando-se que ponderável jurisprudência tem en-

tendido que cabe ao embargante o ônus da prova da existência de outros bens⁶⁸.

Isto porque, em princípio, o bem onerado destina-se a garantir o crédito com garantia real; mas à míngua de outros bens, a lei expressamente possibilita sua penhora (CPC, art. 615, inciso II), respeitando-se, ao fazer os pagamentos, a preferência do detentor do direito real de garantia.

Assim compatibilizam-se as disposições e não se pretende inaplicável texto de lei, atentando-se às regras da boa hermenêutica.

No sentido do texto, há respeitável jurisprudência:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. Credor hipotecário. Pretendida exclusão, da constrição judicial, de metade ideal do imóvel. Solvência do devedor não demonstrada. Rejeição. Recurso não provido.

"O bem hipotecado não é impenhorável, mas ao credor hipotecário está assegurado o direito de impedir a alienação judicial por meio de embargos de terceiro, desde que demonstrada a solvência do devedor, cujo ônus da prova não compete ao credor quirografário que executa (embargado) se não se exige habilitar-se na execução que ele promove o credor hipotecário".

Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Rel. Renan Lotufo. Apelação nº 323.675, julgada em 08.08.84, unânime. In RT 589/115.

"CREDOR HIPOTECÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. A interpretação que se recomenda dos arts. 813 e 826 do CC, c/c os arts. 649, 1047, II e 1054 do CPC, é a de que os embargos de terceiro, quando fundados na falta de intimação da arrematação ao credor hipotecário têm o efeito apenas de obs-

⁶⁸ A posição parece razoável, face ao princípio de ser enexigível prova de fato negativo.

tar à realização da praça designada. Efetivada, entretanto, a intimação, o credor hipotecário não poderá impedir que se faça a arrematação, salvo se tiver alegado nos embargos e comprovado que o devedor possui outros bens sobre os quais poderá incidir a penhora. Recurso extraordinário conhecido e provido".

Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Soares Muñoz. Recurso extraordinário nº 102.257-4-SP, julgado em 15.05.84, unânime. In RT 593/277.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. Oferecimento por credor hipotecário. Acolhimento. Penhora de Imóvel hipotecado. Intimação regular da realização da praça. Irrelevância. Hipótese em que esse credor comprovou a existência de outros bens penhoráveis do devedor.

"Se o credor hipotecário comprova a existência de outros bens do devedor sobre os quais poderá incidir a penhora, acolhem-se os embargos por ele oferecidos, mesmo que tenha sido regularmente intimado para a realização da praça".

Acórdão da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Mariz de Oliveira. Apelação nº 88.355-2, julgada em 20.03.85, unânime. In RT 597/95. (os grifos são todos nossos).

Por igual, em monografia sobre o tema concluiu HAROLD DO PABST⁶⁹:

"Examinada a possibilidade de penhora e alienação judicial de bem hipotecado, fica constatado que nem sempre tal procedimento é viável: só quando o devedor é insolvente ou quando não dispõe de outro bem que não o onerado, a constrição tem lugar ...

"Em havendo limitações à penhorabilidade, verifica-se com certa frequência que a apreensão judicial se concretiza de forma irregular, ou seja, em circunstâncias prejudiciais ao credor hipotecário. Tal ocorre quando a penhora não incide sobre os bens livres do devedor que os possui; ou quando recai sobre os bens expressamente declarados impenhoráveis pela lei. Nesta hipótese, pode valer-se o credor hipotecário dos

⁶⁹ O crédito hipotecário na execução movida por terceiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1978, p.15. Aproximadamente no mesmo sentido, mas sem especificar as circunstâncias em que há prejuízo ao credor com garantia real: Julgados do TARGS 33/168 e 34/210.

embargos de terceiro para livrar o bem da constrição judicial.

.....
 "Quando o exeqüente quer fazer recair a penhora sobre imóvel em que outro credor tenha hipoteca inscrita anterior, este poderá repeli-lo, indicando outros bens do executado (art. 813, do CPC); não fazendo esta indicação, o executado será havido insolvente, a dívida hipotecária considerar-se-á vencida (art. 762, II, do CC), o imóvel poderá ser penhorado e credor hipotecário fazer protesto por preferência, cabendo ao exeqüente o saldo eventual".

Quanto ao inciso II do art. 1054 ("o título é nulo ou não obriga terceiro"), é de observar que apenas a nulidade do título (mas, pelo argumento *a fortiori*, também a inexistência) autoriza a defesa do embargado; não assim a anulabilidade, pois esta não pode ser argüida em contestação e decretada pelo Juiz dos embargos de terceiro⁷⁰; a anulação do título exige ação própria (que é prejudicial aos embargos de terceiro): se julgada procedente, o embargante terá de devolver os bens com os rendimentos e para isto terá prestado caução (CPC, art. 1051, "in fine")⁷¹. Quanto à ineficácia é dela que cuida a parte final do inciso: "não obriga terceiro".

O inciso III não reclama maiores considerações e cabe acrescentar que a jurisprudência tem entendido também não merecerem acolhimento embargos de terceiro com garantia real

⁷⁰ RF 255/269.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários*, v.XV, p.118.

quando já vencida a dívida vinculada à garantia⁷². Esclarecedor antigo acórdão do Tribunal mineiro:

"O credor hipotecário somente não pode, na primeira ou na segunda fase da execução de outro, quirografário, obstar a venda da coisa hipotecada, se a hipoteca já estiver vencida, ou achar-se insolvente o devedor comum".

Acórdão da Câmara Civil da Relação de Minas Gerais. Agravo nº 4.839, julgado em 08.06.32. In *Revista Forense*, nº 59, p.116.

c) Defesa de bens dotais, próprios, reservados ou da meação de cônjuge

Dispôs o art. 1046, § 3º do CPC:

"Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação".

Trata-se de novidade em nosso direito processual legislado, embora já vigisse enquanto criação jurisprudencial⁷³, calcada no disposto no art. 3º da Lei nº 4121, de 27.08.62:

"Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casa dos pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação".

⁷² KFOURI, Roberto Latif. Defesa do embargado nos embargos do credor com garantia real. In *Revista dos Tribunais*, v.491, p.231, citando ainda as decisões publicadas em *Revista do Direito*, 86/599, Arquivo Judiciário III/265 e RT 103/115, 344/269, 384/193, 409/234, 447/190 e 477/133. Tal hipótese abrange, inclusive, a existência de cláusula contratual prevendo o vencimento antecipado da dívida no caso de construção judicial de bem sobre o qual recai a garantia.

⁷³ COUTO E SILVA, Clóvis do. Obra citada, p.459.

Hoje, trata-se de direito expresso e não há dúvidas de que o cônjuge pode opor embargos de terceiro para defesa dos bens dotais, próprios, ou de sua meação.

Bens dotais são, como se sabe, os assim discriminados na escritura antenupcial, para constituírem o dote (Código Civil, art. 278), submetendo-se-os expressamente ao regime próprio.

Bens próprios são os bens comunicáveis (Código Civil, art. 263) e, no caso de comunhão parcial os anteriores ao casamento, os que sobrevêm por doação ou sucessão, os subrogados e os rendimentos de bens de filhos de anteriores matrimônios (Código Civil, art. 169).

Bens reservados são, em qualquer regime matrimonial, o produto do trabalho da mulher e os bens com ele adquiridos (Código Civil, art. 246). Parece-nos, todavia, derogada tal norma face ao disposto no art. 226, § 5º da Constituição Federal.

A definição de meação enfrenta talvez maiores dificuldades. Os tribunais têm entendido que esta representa a metade ideal de cada bem e não meação hipotética da totalidade do patrimônio comum:

"A meação do cônjuge conta-se pela metade de cada bem que constitui o acervo do patrimônio comum e não pela totalidade".

Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Rel. Des. José Vidal. Apelação nº 10.769, julgada em 03.04.84, por maioria. In *Revista dos Tribunais* 598/216.

ou

"Embargos de terceiro.
Defesa da meação do cônjuge. Esta não se conta pela metade do acervo, mas pela de cada bem que o constitui ..." Acórdão da Câmara Cível Especial do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Rel. José Vellinho de Lacerda, Apelação Cível nº 14.775, julgada em 12.09.78, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*. Ed. Juruá, v.27, p. 239.

.E o texto do acórdão sintetiza a doutrina e a jurisprudência a respeito:

"No mérito, ou seja, quanto a saber se a penhora do único bem imóvel do casal veio a atingir a meação da embargante, a resposta só pode ser afirmativa, sendo de todo dispicienda a averiguação de quantos veículos possui o executado, o valor deles, se foram ou não alienados fiduciariamente, etc. É que a meação do cônjuge não se conta pela metade do acervo, mas pela de cada bem que o constitui. PONTES DE MIRANDA assim preleciona: 'Os princípios fundamentais da comunhão universal, tal como a concebe o CC, são os seguintes: I - Tudo que há e que entra para o acervo dos bens do casal fica indistintamente, como se fora possuído ou adquirido ao meio, por cada um: os bens permanecem indivisos na propriedade unificada dos cônjuges, a cada um dos quais pertence metade imaginária que só se desligará da outra quando cessar a sociedade conjugal. II - (...). III - Os cônjuges são meeiros em todos os bens do casal, ainda que um deles nada trouxesse, ou nada adquirisse, na constância da sociedade conjugal (Tratado, VIII/288-289)'. Por esse regime, já à época das Ordenações, que falavam em 'casamento por carta de metade', 'os haveres do casal, móveis e imóveis, direitos e ações, permanecem indivisos na sociedade comum dos cônjuges, a cada um dos quais pertence uma metade ideal' (Álvaro Velasco, apud Conselheiro Cândido de Oliveira, Manual ao CC, de Paulo de Lacerda, V/318; Lafayette, Direito de Família, § 55; Clóvis, Direito de Família, § 35; Carvalho dos Santos, Coments. ao CC, V/62). Para Caio Mário da Silva Pereira, tornam-se os cônjuges meeiros em todos os bens do casal (Inst. de Dir. Civil, V/128). E não é outra a ju-

risprudência desta Corte: 'Meação. A comunhão de bens considera-se sobre cada bem do casal, devendo a penhora ficar restrita à metade do bem constricto, mormente no caso de dívida de quem não participa o casal' (Julgados do TARS, 23/311). É o caso dos autos. Vejam-se ainda: Julgados do TARS, 22/243, 13/166 ('Meação. No regime de comunhão de bens cada cônjuge é condômino em cada um dos bens do casal e, nas dívidas de que não participa, essa metade deve ficar incólume'), 1/188. No caso sub judice, entre embargante e executado vige o regime da comunhão universal de bens (fls. 17) e, assim sendo, a penhora sobre o imóvel do casal atingiu a meação de Milda, tanto mais que não consta como obrigada no título cambial".

Porém, os tribunais têm atenuado o rigorismo desta orientação (que praticamente tornaria impenhoráveis — exceto com exclusão de meação — os bens de devedores casados pelo regime da comunhão de bens) com a presunção — "juris tantum", cabendo ao cônjuge embargante produzir prova contrária — de que as dívidas contraídas pelo marido o foram em benefício da família. É farta a jurisprudência a respeito⁷⁴, embora não se funde em nenhuma disposição expressa de lei⁷⁵.

De notar, porém, que tal não abrange a responsabilidade tributária do sócio-gerente por atos praticados em viola

⁷⁴ STF: RT 500/247, 503/227 e DJU 11.6.76, p.9284. De outros tribunais: RF 251/283, RT 486/162, 490/131, 518/197, 518/225, 519/260, 531/224, 556/210. Dos tribunais gaúchos: RJTJRGs 49/157, 54/306, 72/737. Julgados do TARGs 18/337, 18/355, 20/364, 22/195, 26/349, 33/287, 36/511, 36/518, 41/316. Contra: Manuel Figueiredo. Mulher casada. Defesa de meação. In RT 544/288.

⁷⁵ No direito português, todavia, o art. 15 do Código Comercial em sua redação anterior à do Decreto-Lei 363 de 20.09.77, que cuida da igualdade dos cônjuges no matrimônio, dispunha: "as dívidas decorrentes de atos comerciais contraídos só pelo marido comerciante, sem outorga da mulher, presumir-se-ão aplicados em proveito comum dos cônjuges".

ção à lei ou excesso de mandato, nos termos da Súmula nº 112 do antigo Tribunal Federal de Recursos:

"Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por cotas, decorrente de violação de lei ou excesso de mandato não atinge a meação de sua mulher".

Ainda, questão a provocar certa complexidade é se intimado da penhora na forma do art. 669, § 1º do CPC, pode o cônjuge opor embargos de terceiro.

Na vigência do Código anterior, que — recorda-se — não previa expressamente os embargos de terceiro do cônjuge para defesa da meação, o Supremo Tribunal Federal respondia pela negativa:

"MULHER CASADA. Embargos de terceiro. Oferecimento na fase de execução. Quando não cabe. "A mulher casada, se foi citada para a causa, juntamente com o marido, ou intimada da penhora, não pode usar na execução, de embargos de terceiro".

Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 76.042-RS. Rel. Min. Bilac Pinto, julgado em 19.10.73, unânime. In RT 473/238.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. Mulher casada. Ação executiva contra o marido. Carência. Recurso extraordinário conhecido mas desprovido.

"Na ação executiva proposta contra o marido, penhorados bens imóveis, a mulher assume a condição, de parte, em litisconsórcio passivo necessário, não tendo legitimidade para oferecer embargos, como terceiro. Primeira regra sobre a legitimação ativa do terceiro é a de que só pode embargar como terceiro, quem não tomou parte no feito".

Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 74.204-RS. Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, julgado em 11.06.73, por maioria. In RT 474/217⁷⁶.

⁷⁶ No mesmo sentido, decisões do STF em RT 184/466 e RJU 55/732, 63/822 e 64/524.

Seguiam-lhe os passos vários tribunais estaduais inclusive o do Rio Grande do Sul⁷⁷.

Havia, porém, também decisões em sentido contrário:

*"O fato de ter sido a mulher intimada da penhora em bens do casal não a impede de oferecer em embargos, como terceiro, a fim de excluir da execução sua meação. Esses embargos encontram apoio na Lei nº 4.121 de 1962, que modificou o Código Civil na parte referente à situação jurídica da mulher casada e cujo art. 3º estabeleceu: 'Pelos títulos da dívida de qualquer natureza firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação'. De modo que, não respondendo a meação da mulher por obrigação contraída pelo marido nas condições referidas no preceito legal acima transcrito, cabe-lhe intervir na qualidade de terceiro embargante, para defesa de sua meação". Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, in *Íncola, Folheto* 15.496/68-13.*

Com o advento do novo Código, embora ainda subsista alguma vacilação (que fez Theotônio Negrão anotar ser a matéria complexa, sustentando ser conveniente admitir a fungibilidade dos remédios, conhecendo-se embargos de terceiro como embargos do devedor e vice-versa)⁷⁸ a interpretação parece se firmar no sentido de sua admissibilidade, mesmo se intimado o cônjuge da penhora, nas hipóteses previstas no art. 1046, § 3º do CPC: defesa de bens dotais, próprios, ou de sua mea-

⁷⁷ RJTJRGs 13/220, 16/261, 19/203, 22/305, 26/215, 26/282 e 29/190.

⁷⁸ Nota 17 ao art. 1046 do CPC. Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor. 18.ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1988. p.412.

ção. Desejando, porém, opor resistência à própria pretensão do credor de exigir a dívida, a via própria será a dos embargos do devedor:

"Mulher casada. Cabimento de embargos de terceiro para excluir da penhora, por dívida do marido, a sua meação. Recurso extraordinário conhecido pela alínea 'd' e não provido.

"É de evidência que, se proposta ação executiva contra o marido e penhorado o bem do casal, a mulher, intimada da penhora, quiser tão-somente excluir da penhora a sua meação, o remédio tecnicamente adequado são os embargos de terceiro. Se ela se considerasse parte na ação executiva, interferiria na lide, na 'res in iudicio deducta', como parte, impugnando a pretensão do autor. Mas o que pretendeu — e o que pretende a mulher casada, quando somente impugna a incidência da penhora sobre sua meação — é na posição de terceiro (estranha à lide, à pretensão deduzida pelo autor) tão-somente fazer cessar a constrição judicial ilegítimamente incidente sobre bem seu, próprio. Tal como qualquer terceiro, estranho à demanda do autor, que tivesse bem seu penhorado ilegítimamente, a mulher casada quer excluir da apreensão judicial o bem seu — a meação. Não impugna a pretensão do autor, de cobrar o débito. Age como terceiro para excluir, da penhora, a meação.

"É evidente, assim, que o remédio tecnicamente adequado para tal fim são os embargos de terceiro.

"Isto já era de boa doutrina, no regime processual anterior. E essa boa doutrina está expressamente consagrada, hoje, no C.P. Civil, verbis: "Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação" (art. 1046, § 3º).

"Nenhuma é a pretendida ofensa, assim, aos textos processuais invocados (CPC/39, art. 707 e 948) sendo óbvio que a intimação da mulher, quando da penhora de imóvel, se dava para que pudesse, como litisconsorte, opor-se à própria pretensão, com a mesma amplitude com que o faria o marido. O que, à evidência, não exclui pudesse agir como terceiro, se tivesse posição jurídica diferente (proprietária exclusiva da meação e não obrigada pelo débito), excludente de que bem seu fosse abrangido pela apreensão judicial!" Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Rodrigues Alckmin. Recurso Extraordi-

nário nº 79.415-PE, julgado em 02.12.75, unânime. In *Revista Trimestral de Jurisprudência* 78/831.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. MULHER CASADA. DEFESA DA MEAÇÃO — Face ao art. 1046, § 3º do CPC, o cônjuge assume a qualidade de terceiro na defesa de sua meação. Se a mulher casada quiser opor-se à própria dívida contraída pelo marido, à existência, validade ou exigibilidade da mesma dívida, deverá fazê-lo através dos embargos do devedor. Mas se pretende afastar a incidência da penhora sobre sua meação, é na qualidade de terceiro e de estranho à *res in iudicio deducta* que deverá agir, como qualquer terceiro. Irrelevância, pois, da questão relativa à validade ou não de sua intimação da penhora. *Apelação provida*".

Acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 5830 48020*. Rel. Des. Athon Gusmão Carneiro, julgado em 08.05.84. In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, v.105, p.422⁷⁹.

Portanto, pode intervir, em um mesmo processo, como parte e como terceiro, desde que fundado em diferentes títulos jurídicos.

⁷⁹ No sentido do texto: RTJ 81/825, 84/1020, 93/878, 100/401, 101/800, 105/274; RT 514/268; Julgados do TARGS 33/345, 42/285 e 42/325, 51/201 e 55/267. Sustentando que esta é a interpretação literal do art. 1046, § 3º, mas criticando-a (sem razão, a nosso ver): FLORES, José Mauro. Dos embargos de terceiro pela mulher casada. Questão preliminar: In *Revista dos Tribunais* 531/27.

P A R T E I I

O PROCESSO DOS EMBARGOS

DE TERCEIRO

Posta a introdução, examinada a natureza jurídica e fundamentos da ação de embargos de terceiro, devemos voltar nossa atenção para as questões de natureza processual nos embargos. Seu exame não se pretenderá isolado das considerações de direito material, presente que o processo é instrumento a veicular uma pretensão fundada, em última análise, no direito substancial. Tampouco, faremos o exame unicamente do procedimento de nossa ação especial: procedimento é menos que processo, apenas caminho que aquele trilha e ao qual não se resume. Assim, nesta parte, além do rito (que, evidentemente, também reclama estudo), ocupar-nos-emos das questões da legitimação em ambos os pólos da ação especial, da competência para seu processo e julgamento, de seu tempo próprio e autonomia, da decisão nela proferida e dos ônus sucumbenciais resultantes.

1 — LEGITIMAÇÃO

Devemos examinar a questão da legitimidade para ser parte na ação de embargos de terceiro tanto no pólo ativo como passivo. É conveniente fazer este exame separadamente.

a) Legitimação ativa

Em princípio, legitimado ativo "ad causam" é, quem, não tendo sido parte no processo, pretenda ter posse e domínio ou apenas posse sobre o bem constrito¹.

Mas há outras situações a exigir análise.

A mulher casada tem legitimidade ativa "ad causam" para opor embargos de terceiro, para defender a posse de bens próprios, dotais ou de sua meação (CPC, art. 1046, § 3º), mesmo que haja sido intimada da penhora².

¹ "Legitimado ativo dos embargos de terceiro é aquele que, não sendo parte no processo, vem a sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial". THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso*. v.II, p.1027.

"A legitimação para os embargos é, como se viu, não só de terceiro senhor e possuidor, como também do terceiro apenas possuidor". COITO E SILVA, Clóvis. *Comentários ao CPC*. v.XI, tomo II, p.458.

² Vide nº 3, letra "c", da Parte I.

O credor com garantia real pode opor embargos para obstar a alienação judicial do bem objeto da hipoteca, penhor ou anticrese (CPC, art. 1047, II), mesmo que intimado da penhora na forma do art. 619, desde que o devedor possua outros bens livres penhoráveis³.

Em princípio, a condição de não ser parte no processo é de rigor⁴. Pode-se mesmo dizer que terceiro é quem não é parte na causa⁵ ou quem não esteja sujeito à eficácia do ato judicial⁶.

³ Vide nº 3, letra "b", da Parte I.

⁴ "BUSCA E APREENSÃO de máquina. Oferecimento de embargos de terceiro pelo possuidor. Condição de parte na ação cautelar. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Carência decretada.

"Aquele que foi citado para responder os termos de um pedido de busca e apreensão de máquina que se encontra em seu poder não tem legitimidade ativa para apresentar embargos de terceiro, em face de sua típica condição de parte".

Acórdão da 2ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Rel. Wanderley Racy. Apelação nº 323.299, julgado em 29.08.84; unânime, in RT 599/136.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSESSÓRIA. EMBARGANTE CITADO NA AÇÃO.

"Embargos de terceiro. Legitimação.

"Citado para integrar a ação possessória, veda-se o uso do embargo de terceiro ao citando. Carência de ação".

Acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Rel. Carlos Ignácio Snat'Ana. Apelação Cível nº 17.896, julgado em 23.08.88, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*. Ed. Juruá, v.27, p.240-241.

⁵ "Quem não é parte na causa, terceiro é, pode-se dizer de maneira simplista". MORAES E BARROS; Hamilton. *Comentários ao CPC*, v.IX, p. 293. "Terceiro é pessoa diferente daqueles que têm contenda entre si". PEREIRA E SOUZA, apud MORAES E BARROS, Hamilton. *Obra e local citados*.

⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*, v.XV, 1973. p.23.

Tal condição, porém, deve ser entendida em termos face à regra do art. 1046, § 2º do Código:

"Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial".

É que a mesma pessoa, física ou jurídica, pode ser, ao mesmo tempo, parte e terceiro em um mesmo processo, sempre que o seja sob diferentes fundamentos jurídicos; isto é, agirá como terceiro se for titular de um outro direito, diferente daquele discutido na decisão judicial em que foi parte. Transcrevemos, por esclarecedores a respeito, os seguintes a-restos:

"Os embargos de terceiro são próprios, em princípio, de quem não seja parte no processo. Mas a lei formal confere-os, também, a quem, em sendo parte, defende bens que não podem ser atingidos pela apreensão judicial, como no caso de os bens imitidos na posse do credor não serem os mesmos objeto da lide principal".

Acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Bilac Pinto. Recurso Extraordinário nº 85.095.60, julgado em 10.05.77, unânime. In DE PAULA, Alexandre. *O Processo Civil à luz da jurisprudência*. v.VIII, p.458, verbete 17.786.

"A mesma pessoa física ou jurídica pode ser simultaneamente parte e terceiro no mesmo processo, se são diferentes os títulos jurídicos que justificam esse duplo papel. A palavra terceiro significa não só a pessoa física ou jurídica que não tenha participado do feito, como também a pessoa que participou do processo mas que, aqui, nos embargos, é titular de um direito diferente, outro que não o que foi objeto da decisão judicial".

Acórdão da 1ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Rel. Carlos Alberto Ortiz. Apelação nº 262.921, julgada em 23.10.79,

unânime. In DE PAULA, Alexandre, obra citada, p.460, verbete nº 17.791.

Podem opor embargos de terceiro se bipartida a posse tanto o possuidor direto quanto o indireto⁷.

O art. 1050, § 2º do CPC permite-o expressamente:

"O possuidor direto pode alegar, com a sua posse, domínio alheio".

A disposição tem o mérito de tornar expressa a possibilidade de vir o possuidor com tais embargos, que decorreria de toda exegese razoável do instituto. Mas de alegação de domínio alheio só se cogita no caso de embargos de terceiro senhor e possuidor; como são expressamente admitidos embargos do simples possuidor, a menção era dispensável, como dispensável é a própria alegação de domínio, do embargante ou de outrem.

Como possuidores diretos que são, têm legitimidade para embargar o usufrutuário, o locatário, o comodatário, bem como, em tais casos os possuidores indiretos (nu-proprietário, locador e comodante). Já se decidiu, porém, e corretamente, que o usufrutuário não pode propor embargos de terceiro à pe-

⁷ PINTO, Celso Muniz Guedes. Obra citada, p.35. *"O possuidor, mesmo o direto, pode utilizar-se dos embargos de terceiro para liberar bem penhorado em processo de execução do qual não foi parte integrante"*. Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Tycho Brahe. Apelação nº 10817, Curitiba, julgada em 01.08.75, unânime. In *Revista Forense* 259/317.

nhora tão só na nua-propriedade do imóvel sobre o qual recai o usufruto, pois tal não implica lesão à sua posse⁸.

Por igual, tem legitimidade para embargar como terceiro o depositário, que tem a posse direta do bem e obrigação legal de por ele velar⁹.

Questão que se apresenta controvertida na jurisprudência é se o promitente-comprador pode embargar como terceiro se a promessa de compra e venda não foi inscrita no Registro de Imóveis.

O Pretório Excelso chegou a expedir a respeito a Súmula nº 621:

⁸ "EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. USUFRUTO. LEGITIMIDADE DE PARTE. USUFRUATUÁRIO.

"Embargos de Terceiro.

"Não se legitima à ação incidental o usufrutuário que opõe embargos ao ato de constrição, em execução que sujeitou a nua propriedade aos efeitos da penhora"

Acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Rel. Carlos Ignácio Sant'Ana. Apelação Cível nº 16.843, julgada em 07.06.78, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*. Ed. Juruá, v.27, p.237.

⁹ "LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM'. Embargos de terceiro. Embargante depositário e credor do executado. Posse direta dos bens. Liminar deferida por outro juiz concedendo reintegração na posse dos mesmos aos embargados em virtude de contrato de compra e venda com reserva de domínio. Interposição visando a evitar a eficácia da medida. Admissibilidade. Carência afastada.

"Quando a eficácia do ato judicial fere a órbita do direito, pretensão ou ação do terceiro, constringe-o, conferindo-lhe legitimidade para a propositura dos respectivos embargos.

"Assim, tem legitimidade para opor embargos de terceiro o depositário, por ter a posse direta dos bens sujeitos à sua guarda e responsabilidade".

Acórdão da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação nº 353.503, Rel. Dr. Paulo Bonito, julgado em 02.04.86, unânime. In *RT* 607/107.

"Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis"¹⁰.

Em sentido contrário, conclusão do 6º Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte, em julho de 1983:

"O promitente comprador, por escritura pública irretratável, imitado na posse do imóvel, embora não inscrita a promessa, pode, através de embargos de terceiro, excluir da penhora o imóvel objeto da promessa feita antes da dívida executada". In Revista da Ajuris 28/127.

A nosso ver, procede a conclusão do Encontro das Cortes de Alçada. Acrescente-se, só, que também o promitente comprador, por instrumento particular, com cláusula de irretratabilidade, se tem posse do imóvel, pode opor embargos. É que estes são remédio jurídico possessório, em nosso direito: se o promitente comprador tem posse (e normalmente terá — a menos que a tenha perdido em momento posterior — se nela foi imitado, por constituto possessório, na promessa) pode opor embargos de terceiro possuidor, sendo irrelevante levantar questões dominiais, que não integram a lide nos embargos. Condição da concessão da proteção possessória ao registro da penhora é só proteger a posse fundada em domínio ou em direito de crédito com eficácia real, e relegar ao desamparo a pos

¹⁰ Jurisprudência do STF no sentido afinal consolidado na Súmula 621: RTJ 91/257, 95/282, 96/1358, 97/1390, 100/215, 101/1305, 102/232, 111/354, 112/890, RT 600/256.

se que em tal não se funde¹¹.

Quando à legitimação ativa, ainda, é de ressaltar que a tem o sócio, cujos bens particulares foram penhorados em execução movida contra a sociedade, em não sendo caso de responsabilidade pessoal (solidária ou subsidiária) dele, sócio-embargante.

Note-se, porém, que em se tratando de execução fiscal, o STF vem entendendo que caracterizadas as hipóteses legais de responsabilidade do sócio (CTN, arts. 135 e 137; Decreto Lei nº 1736/79, art. 8º), não é necessário para que a execução o possa atingir que seu nome conste na certidão de dívida ativa¹².

11 *"Sustentar a posição de competirem os embargos somente se o contrato preliminar de venda estiver registrado, é proteger situação jurídica assemelhada a direito real. É tutelar direito de crédito 'dominificado' e não a posse, através de remédio processual destinado à defesa da posse em face da lesão iminente por ato judicial. Parece, assim, que o Supremo Tribunal Federal admite os embargos de terceiro como remédio jurídico adequado a direito semelhante ao de propriedade; não se protege, porém, a posse simplesmente".* COUJO E SILVA, Clóvis do., obra citada, v.XI, tomo II, p.475 (grifo do original).

12 *"A execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da dívida ativa".* (Acórdão no Recurso Extraordinário nº 94.756-6-RJ. Rel. Min. Soares Munhoz. In DJU de 25.09.81, p.9479). No mesmo sentido RE 95.028-1-RJ, DJU de 25.09.81, p.9480; RE 93.491-MG, DJU de 03.04.81, p. 2856 e RE 96.607-RJ, DJU de 12.05.82.

b) Legitimação passiva

A questão relativa à legitimação passiva se apresenta com menor número de facetas.

O ato impugnado pela ação especial é ato do juiz. Mas legitimado passivo não é seu autor, nem o Estado e sim, o beneficiado com o ato judicial, que tem interesse na sua manutenção. Por isso que, normalmente, quem tem a legitimidade passiva "ad causum" para a ação especial é o exeqüente. Pode ser, porém, que o executado também deva figurar no pólo passivo, por exemplo, se foi ele que nomeou o bem à penhora ou na hipótese de dolo ou colusão entre ele o exeqüente.

Em qualquer caso, mesmo que não tenha de início integrado a lide, pode o 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 exeqüente-embargado.

Se o executado tiver nomeado os bens à penhora, ou se afirmar o embargante estar o mesmo em conluio com o exeqüente, deve, como já se disse, desde o início integrar a lide em litisconsórcio passivo necessário — no caso, unitário — e o Embargante deve requerer sua citação, obrigatoriamente. Se não o fizer deve o juiz fazer valer seus poderes de integração processual (CPC, art. 47, parágrafo único).

Estes são os casos mais comuns. Regra geral que abranja todas as hipóteses, pela própria diversidade das relações jurídico-processuais, não se pode enunciar. *"A única regra prática é a de se tratarem os embargos de terceiro como ação per se e sujeita aos princípios de direito processual como qualquer outra"*¹³.

¹³ PONTES DE MIRANDA, obra citada, tomo XV, p.76-77.

2 — COMPETÊNCIA

A regra sobre competência está posta no art. 1049 do CPC:

"Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão".

Competente é o "juiz que ordenou a apreensão". As dúvidas sobre competência têm surgido, basicamente, no caso de execução por carta e quanto à competência das Justiças Federal e do Trabalho.

Na hipótese de execução por carta, dispunha o Código revogado no art. 711:

"Ao juiz deprecado competirá conhecer dos embargos de terceiro".

O estatuto processual em vigor não repetiu a regra, limitando-se à disposição supra transcrita do art. 1049.

PONTES DE MIRANDA daí extraiu a ilação de que a competência passou a ser sempre do juízo deprecante, ainda que este não tenha indicado o bem a ser constrito. Afirma que o

Código de 1973 acertadamente riscou a regra do art. 711 do CPC de 1939, acrescentando que *"se a constrição de modo nenhum foi assunto da depreciação ou rogação, e o juiz deprecado ou rogado foi o responsável, isto é, constringente ilegal foi ele, mas isso tem de ser apreciado pelo juiz deprecante ou rogante"*¹⁴.

Não é a melhor exegese e é voz isolada na doutrina e jurisprudência. CLÓVIS DO COUTO E SILVA¹⁵, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁶ e HAMILTON MORAES E BARROS¹⁷, entre outros, apontam que a competência é, em regra, do juiz deprecado, e que, mesmo derogado o art. 711 do estatuto processual anterior, a regra sobrevive como princípio doutrinário. Apenas, anota THEODORO JÚNIOR, quando *"a designação do bem a penhorar é feita, expressamente, pelo juiz deprecante, como, por exemplo, se dá nas execuções de garantias reais, falece ao juiz deprecado competência para examinar e decidir embargos de terceiro que tenham por objeto o bem penhorado. Só o próprio juiz deprecante poderá rever seu ato executivo"*¹⁸. É que, se indicou expressamente o bem a ser constrito, o juízo deprecante é o "juiz que ordenou a apreensão" a que se refere o art. 1049 do CPC.

¹⁴ *Comentários ao CPC de 1973*, tomo XV, p. 116 (Grifo nosso).

¹⁵ *Comentários*, v.XI, tomo II, p.467.

¹⁶ *Curso*, p.1028-1029.

¹⁷ *Comentários*, v.IX, p.302.

¹⁸ Obra e local citados.

Neste sentido foi a conclusão LXXIV do Simpósio de Curitiba, aprovada por maioria:

*"Os embargos de terceiro, na execução por carta, correm perante o juiz deprecado se a apreensão do bem foi por este determinada, mas se o juiz deprecante indica o bem a ser apreendido, perante ele correrão os embargos"*¹⁹.

A jurisprudência foi seguindo nesta esteira, transcrevendo-se, a título ilustrativo, alguns acórdãos:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPETÊNCIA. JUIZ DEPRECADO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 1046 e 1049.

"Embargos de terceiro. Competência. A apreensão judicial configurou-se pela determinação do juiz deprecado para alienação dos bens em hasta pública. O terceiro embargante defende, pois, seus direitos no juízo em que sua posse foi turbada"

Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do antigo Estado do Rio de Janeiro. Relator Dr. Genarino Carvalho Pignatari. Agravo de Instrumento nº 7238, Teresópolis, julgado em 12.05.77, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.191.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. MULHER CASADA. MEAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUIZ DEPRECANTE. JUIZ DEPRECADO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 1049.

"Nos termos do art. 1049 do Código de Processo Civil, os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão. Ora, no caso, quem ordenou a apreensão foi o juiz deprecado e não o deprecante.

Acórdão da 4ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Rel. Juiz Gonçalves Santana. Agravo de Instrumento nº 237.819, Santos, julgado em 05.10.77, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.278.

¹⁹ In *Revista da Ajuris* nº 6, p.156.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DEPRECANTE. JUÍZO DEPRECADO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 1049.

"O juízo competente para julgamento dos embargos de terceiro é o deprecante, visto ser este onde se ordenou a apreensão da coisa".

Acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Des. José de Castro. Apelação Cível nº 42.185, julgada em 03.06.75, por maioria. In *Jurisprudência Brasileira*, v.27, p.121 (grifo nosso).

Oportuno o exame do fundamento do voto vencedor:

"Como se vê, foi o Dr. Juiz de Direito da Décima Vara Cível de São Paulo quem ordenou a apreensão do automóvel do embargante e, então, é perante esse mesmo Juiz que ditos embargos deverão correr. Portanto, é ao Dr. Juiz-deprecante que compete conhecer e julgar estes embargos de terceiro".

A matéria, hoje, está bem sintetizada pela Súmula nº 33 do antigo Tribunal Federal de Recursos.

"O juízo deprecado, na execução por carta, é o competente para julgar os embargos de terceiro, salvo se o bem apreendido foi indicado pelo juízo deprecante"²⁰.

Quanto à competência da Justiça Federal, em que pese ainda reste certa perplexidade sobre o tema, a expressar-se em alguns julgados, é possível elencar algumas regras.

²⁰ Neste sentido: RIFR 78/36 a 45; RIJ 51/717, e 103/1059, RJTJESP 98/279, RT 477/229, 484/133 e 511/98.

a) Se a empresa pública federal ou outro ente sujeito à competência "ratione personae" da Justiça Federal apenas ingressa nos autos para alegar sua qualidade de credor hipotecário e pedir a preferência que daí decorre, mas não opõe embargos de terceiro, não se desloca a competência para a Justiça Federal²¹.

b) Se os embargos de terceiro são oferecidos pela União, autarquia federal ou empresa pública federal, a competência para processar e julgar os mesmos é da Justiça Federal, ainda que a ação principal corra na Justiça Estadual (RTJ 98/217, 113/1380, RT 577/260, JTACiSP 78/383, RTFR 119/225); mas, neste caso, até a competência para conhecer do processo principal passa a ser da Justiça Federal²².

21 "COMPETÊNCIA. Execução promovida na Justiça Estadual. Penhora de imóvel hipotecado à CEF. Somente se houver impugnação ao ato da penhora ou participação em concurso é que a CEF se torna parte e desloca a execução para a competência da Justiça Federal, não pelo simples fato de ter ciência da penhora. Recurso não conhecido". RE 84.762, relator para o acórdão Min. Rodrigues de Alckmin. In RTJ 86/581.

22 "COMPETÊNCIA. Execução por título extrajudicial. Ação entre particulares. Embargos de terceiro opostos pela Caixa Econômica Federal. Sua apreciação por juiz estadual. Inadmissibilidade. Competência da Justiça Federal. Aplicação do art. 125, I, da CF.

"Ementa oficial: Competência. Execução entre particulares. Caixa Econômica Federal - CEF. Embargos de terceiro, opostos pela CEF na qualidade de credora hipotecária, objetivando subtrair o bem imóvel, dado como garantia hipotecária, da constrição judicial. Sendo a CEF autora, nos embargos de terceiro, e devendo esse procedimento e o principal se processarem num único juízo, força é entender que ao juiz federal cabe conhecer destes embargos e julgá-los. A esse mesmo juízo há de se deslocar a execução, eis que a competência constitucional, *ratione personae*, prepondera sobre a regra da lei processual civil, que fixa a competência funcional do juiz que ordenou a apreensão (CF, art. 125, I). Sentença do juiz de direito que se declara nula, desde logo, a teor do art. 122 do CPC, por incompetência do prolator. Remessa dos autos, de imediato, ao juiz federal, em São Paulo, para que decida os embargos de terceiro, como de direito". Acórdão do Tribunal Pleno no Conflito de Jurisdição 6.390-3-SP. Rel. Min. Néri da Silveira, unânime, julgado em 13.04.83. In RT 577/260.

c) Em se tratando de execução por carta, aplica-se a Súmula nº 33 do antigo Tribunal Federal de Recursos, que visa justamente a estes casos²³.

Quanto à competência da Justiça do Trabalho, sob a égide da Constituição anterior decidira o Supremo Tribunal Federal:

"Processo Civil. Embargos de terceiro contra arresto de duplicatas endossadas ao Banco do Brasil S.A., na conformidade da cédula de crédito industrial.

2. Arresto de duplicatas deferido por juiz trabalhista. A defesa das duplicatas por meio de embargos não constitui dissídio trabalhista, nem controvérsia oriunda de relação de trabalho. A relação jurídica é de natureza civil. A esfera do Banco do Brasil S.A. foi atingida por ato de constrição judicial".

Acórdão da 1ª Turma do STF no Recurso Extraordinário nº 97.406-RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid, julgado em 26.10.82, unânime. In RTJ 105/411.

A orientação não parece a melhor, de vez que é normal, a competência para o julgamento do processo principal determinar a competência para o julgamento dos processos conexos e parece, de qualquer forma, superada pelo disposto no art. 114 da Constituição vigente.

"Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e,

²³ Contra, mas sem razão: RT 507/105.

na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas" (grifei).

A parte final é novidade em relação ao disposto no art. 142 da Carta de 1969 e parece, sem dúvida, aplicar-se ao caso presente, substituindo, com vantagem, a interpretação adotada, antes da Constituição atual, pelo Pretório Excelso.

Assim, competente será a Justiça do Trabalho para processar e julgar embargos de terceiro opostos contra constrição judicial por ela determinada, no cumprimento às suas sentenças ou decisões.

3 — TEMPO

"Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta", é a regra do art. 1049 do CPC.

Semelhantemente dispunham o art. 708 do Código anterior e os arts. 575 e 596 do Regulamento nº 737²⁴.

Portanto, os embargos podem ser opostos no processo de conhecimento ou de execução. Quando o ato construtivo é antecedido no processo de conhecimento, v.g. no caso de concessão de liminar em ações possessórias e processos cautelares, os embargos só podem ser oferecidos até o trânsito em julgado

²⁴ Art. 708 do CPC de 1939: *"Esses embargos serão admissíveis em qualquer tempo, antes de sentença final, ou na execução, até cinco dias depois da arrematação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta"*. A redação do Código vigente é melhor pois explicitou o que se deve entender por "sentença final": até o trânsito em julgado da sentença.

Regulamento nº 737, art. 575: *"Nenhuns embargos serão opostos na execução, senão nos termos seguintes:*

§ 1º) *Depois de feita a penhora dentro dos seis dias seguintes.*

§ 2º) *Depois do ato de arrematação, mas antes da assinatura da carta de arrematação ou adjudicação"*.

"Art. 596: Os embargos de terceiro somente podem ser opostos nos termos marcados no art. 575".

da sentença. Assim:

"O art. 1048 do CPC fixa os momentos em que os embargos de terceiro podem ser oferecidos: no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a decisão; e no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

"Ora, no caso em exame, na fase do processo de conhecimento, foi concedida a medida da manutenção liminar na posse da área referida na inicial (fls.), medida essa que foi convertida em definitiva pela sentença final proferida na causa (fls.).

"A sentença transitou em julgado (fls.).

"Portanto, como os ora recorridos, nos embargos de terceiro, se queixam da medida judicial deferida aos autores de dita ação de manutenção de posse e como essa medida foi concedida ainda na fase de conhecimento, a título provisório, e mantida a final, segue-se que, com o trânsito em julgado, possível não era mais a apresentação de embargos de terceiro; e isso pela óbvia razão de que, com o trânsito em julgado, o Magistrado já não podia mais modificar o julgamento, ainda que errado pudesse estar.

"Exatamente por isso o art. 1048 do CPC somente admite tais embargos, na fase de conhecimento, até o trânsito em julgado da decisão".

Voto do relator no acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 265.504, Suzano, Rel. Des. Andrade Junqueira, julgado em 01.11.77, unânime.

Porém, se não houve prestação jurisdicional antecipada, não tendo havido a concessão de medida liminar tornada definitiva por sentença transitada em julgado, a jurisprudência tem se orientado no sentido de que é possível ao terceiro que manejar os embargos quando se cuida de executar o mandado na ação executiva "latu sensu":

"EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSESSÓRIA. Inocorrência, na espécie, de reintegração liminar. Arts. 1046 e 1048 do Código de Processo Civil. Admissibilidade. Recurso provido para tal fim". Acórdão da 1ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação nº 265.466, Micaratu, Rel. Carlos A. Ortiz, julgado em 11.12.79, unânime. In *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v.62, p.173.

No processo de execução, o termo final para sua propositura é cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remissão, desde que não tenha sido, ainda, assinada a carta. Se houver demora na sua assinatura o prazo não se dilata: é de cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remissão²⁵; se a carta for assinada antes, o prazo se abrevia: finda no momento da assinatura²⁶.

25 "Execução Forçada. Embargos de terceiro. Prazo para a interposição. Termo 'a quo'. Aplicação do art. 1048 do CPC.

"O termo 'a quo' do prazo para a interposição de embargos de terceiro, no processo de execução, é o dia em que se realiza a arrematação, não o dia em que se lavrou o auto".

Acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Paraná, Rel. Nunes do Nascimento, julgado em 28.09.77, unânime. In RT 538/232.

26 Lex JTACiSP 75/105.

4 — AUTONOMIA PROCEDIMENTAL

Os embargos de terceiro são procedimento autônomo. Correm em autos distintos (CPC, art. 1049), nem necessariamente apensados aos autos principais. Por isto, devem ser instruídos com certidão da decisão que ordenou ou do auto que efetivou a constrição judicial.

Ocorre, todavia, sua distribuição por dependência e correrão perante o mesmo juiz competente para a ação principal, face à conexão entre as duas causas. Inclusive, muitas vezes, a decisão prolatada nos embargos irá determinar ou modificar decisões ou atos já praticados no processo principal (CPC, arts. 1051 e 1052)²⁷.

O Código de 1939 incluía os embargos de terceiro entre os processos acessórios (Livro V), mas já sob ele se lhe reconhecia autonomia²⁸. No estatuto vigente, classificam-se entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (Tí-

²⁷ MORAES E BARROS, Hamilton, ob.cit. p.301.

²⁸ "Os embargos de terceiro, como espécie de intervenção espontânea em processo alheio, constituem AÇÃO AUTÔNOMA especial, com seus próprios autos e instância, embora figurando, pela sistemática do nosso Código de Processo Civil (o autor escrevia sob a égide do CPC de 1939 - nota nossa) entre os processos acessórios". PINHO, Celso Muniz Guedes, obra citada, p.65 (grifo do original).

tulo I do Livro IV), não cabendo dúvidas sobre sua autonomia procedimental, ainda que forma de intervenção de terceiros di ante (mas não no interior, ou nos autos) de um processo principal.

5 — O PROCEDIMENTO

a) Petição inicial

Em consequência de sua autonomia, os embargos de terceiro, como ação distinta, exigem petição inicial com todos os requisitos de exordial de ação comum listados no art. 282 do CPC: juiz ou tribunal a que é dirigida; nome e qualificação das partes, fato e fundamentos jurídicos do pedido; indicação das provas, requerimento de citação do(s) embargado(s) e valor da causa.

A estes requisitos gerais, somam-se aqueles específicos da petição inicial da ação de embargos de terceiro: prova sumária da posse e da qualidade de terceiro (CPC, art. 1050).

O art. 283 manda seja a petição inicial instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. No caso dos embargos de terceiro são, além do instrumento de mandato, a certidão da decisão que ordenou a diligência judicial que turbou ou esbulhou a posse (ou a posse e o domínio) do Em-

bargante ²⁹ e documentos que fazem a prova sumária da posse (no caso desta se fazer por via documental).

Se a prova, ainda que sumária, da posse não puder se fazer por via documental, é caso de designação de audiência prévia de justificação, e, então, da inicial deverá obrigatoriamente constar o rol de testemunhas; este o sentido da menção contida no final do art. 1050.

As Ordenações e o Regulamento 737 (art. 597) previam o pedido prévio de vista dos autos para alegar os embargos. Não é só velharia: é que o Embargante pode não ter elementos para, de pronto, deduzir seus embargos e necessitar de exame mais detido dos autos principais para tal. O prazo para vista era de tríduo "*per estilo de reino*"³⁰. O CPC (já o de 1939), eliminou as menções sobre o prévio pedido de vista mas esta, inobstante o silêncio da lei, se requerida fundamentadamente, com justificativa da necessidade do exame dos autos, deve ser deferida e seu prazo é hoje de cinco dias (CPC, arts. 40, inc. II e 185).

Postos os embargos, tem o juiz três opções:

²⁹ "Os embargos de terceiro, como procedimento autônomo devem estar instruídos com as peças pertinentes extraídas da ação principal, para efeito de averiguação da competência dos Tribunais, na hipótese de recurso" (Portaria 323, de 10.12.80, art. 25 do Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo).

³⁰ CASTRO, Manuel Mendes. *Practica Lusitana*, I, 104, apud PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, tomo XV, p.86.

- a) indefere-os, "in limine";
- b) recebe-os, com suspensão da causa principal;
- c) recebe-os, mas não suspende a causa principal.

A rejeição liminar tem lugar nos mesmo casos em que cabe indeferir, de plano, a petição inicial da ação especial de embargos de terceiro, quer por deficiências formais (CPC, art. 295), quer por os próprios fatos narrados, mesmo se provados fossem, não autorizarem a procedência dos embargos. **Exempli gratia:** a) embargos propostos por quem não seja terceiro, fora dos casos admitidos em lei; b) terceiro que oponha embargos alegando ser proprietário, sem posse, do bem constrito³¹.

Se a petição está em ordem, comprovada a condição de terceiro e feita a prova sumária da posse, documentalmente ou em audiência de justificação, o juiz recebe os embargos e, em juízo liminar, com caráter de antecipação da prestação jurisdicional, suspende o processo principal.

Por derradeiro, se a petição está em ordem quanto aos aspectos formais, a condição de terceiro comprovada, mas não se fez prova suficiente (mesmo a prova sumária para a cognição limitada ao juízo de liminar) quer por via documental, quer por via de justificação, a solução não é a rejeição pura e simples dos embargos. O embargante poderá fazer a prova, que agora faltou, no curso da instrução. Recebem-se, então, os em

³¹ Este só pode defender seu direito por ação de reivindicação.

bargos mas sem suspensão do processo principal (sem concessão de medida liminar)³².

O ato judicial que rejeita *in limine* os embargos de terceiro é sentença (terminativa) e o recurso que dele cabe é apelação, cujo efeito é apenas devolutivo (CPC, art. 520, inciso V; Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo 79/253 e 94/337).

Da decisão que nega vistas para alegar os embargos cabe agravo de instrumento e da que a concede descabe recurso, eis que despacho de mero expediente, não gerando preclusão (o juiz pode, ao depois, rejeitar, mesmo liminarmente, os embargos), nem prejuízo.

PONTES DE MIRANDA sustenta que do ato judicial que recebe os embargos de terceiro não cabe recurso³³. **Modus in rebus.** O ato que recebe os embargos, há de os receber com ou sem eficácia adiantada, suspendendo ou não o processo principal, ordenando ou não a restituição ou manutenção dos bens em favor do embargante, como ensina o próprio mestre. E nesta

³² "Se a prova não é suficiente para o recebimento *in limine*, nem por isso há rejeição *in limine*. O recebimento, de que se trata, pode ser, ou não, recebimento para eficácia adiantada (1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 15 de janeiro de 1952, *Paraná J.*, 55, 99; 'A simples insuficiência da prova dos embargos não autoriza a sua rejeição *in limine*. A deficiência da prova inicial resolve-se com a aplicação do § 1º do art. 708 do Código de Processo Civil', hoje art. 1049 do Código de 1973, 'deixando o juiz de ordenar a suspensão do processo principal'". PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, p.86 (grifo do original)

³³ Obra e local citados.

concessão ou não de eficácia adiantada há sempre decisão, que no sistema do Código de 1973 é recorrível por via de agravo de instrumento, ao qual poderá, eventualmente, se agregar o mandado de segurança, para concessão de efeito suspensivo ao agravo.

Por derradeiro, observe-se quanto à petição inicial dos embargos de terceiro que o valor da causa, nesta ação, é o dos bens que se pretendem liberar e não o da ação ou execução em que ocorreu a constrição que se ataca³⁴.

b) Citação

Os embargos de terceiro são ação, e, por isto, é mister a citação do embargado para contestar³⁵. O prazo para contestar, é, hoje, de dez dias (CPC, art. 1053)³⁶.

É matéria controvertida se a citação deve ser pessoal ao embargado ou pode ser feita na pessoa de seu advogado.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, p.370. No mesmo sentido: acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 5.016, Capital, julgado em 10.10.77, Rel. Des. Hamilton Moraes e Barros, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.201.

³⁵ "O embargado deve ser citado regularmente, pois os embargos são ação". THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso*, p.1029.
"A citação inicial do embargado é de rigor, pois que de ação se trata". MORAES E BARROS, Hamilton. *Comentários*, p.311.

³⁶ No Código anterior, o prazo para contestação era de cinco dias, nos termos do art. 710.

O argumento a favor desta última posição é a aplicação, por analogia, do disposto no art. 57, 2ª parte do CPC³⁷:

*"Se na oposição, art. 57, 2ª parte do CPC a citação pode ser feita na pessoa dos advogados parece que o mesmo deve acontecer no caso dos embargos"*³⁸.

Há ponderável jurisprudência neste sentido, inclusive acórdão do Pretório Excelso, versando sobre citação ocorrida sob a égide do CPC anterior:

"Embargos de terceiro. Citação. Desnecessidade de citação pessoal do embargado, em face da natureza incidental e acessória dos embargos de terceiro".

Acórdão da 1ª Turma do STF, no Recurso Extraordinário nº 81.620-SP, Rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 03.04.79, unânime. In *RTJ* 94/631.

"Embargos de terceiro. Citação pessoal do embargado. Desnecessidade. Validade da intimação na pessoa do advogado."

"A natureza de simples incidente processual faz com que os embargantes de terceiro dirijam-se sempre contra o requerente do ato de constrição judicial, de tal forma que normalmente estará ele representado por advogado. Tal circunstância, a exemplo do que ocorre nas hipóteses invocadas como paradigma (oposição, reconvenção, etc.) torna dispensável a citação pessoal do embargado, citação, aliás que a lei sequer prevê expressamente".

Acórdão da 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na apelação nº 308.002, Capital, Rel. Nelson Altemani, julgado em 23.08.89, unânime. In *RT* 578/142³⁹.

³⁷ Há também quem extraia tal argumento do disposto nos arts. 316 e 1057, parágrafo único, do diploma processual.

³⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários*, v.XI, t.II, p.466-467.

³⁹ Neste sentido: *RT* 489/141, *JTASP* 31/63, 37/226, 39/175, 67/61 e 98/15.

Em nossa modesta opinião, melhor a razão dos que sustentam a obrigatoriedade da citação pessoal dos embargados. A regra, em nosso sistema processual, é a parte receber a citação pessoalmente; para que se dê na pessoa de procurador, exigem-se poderes especiais (CPC, art. 38); oposição e embargos de terceiro são procedimentos distintos e, mais importante, o art. 57, 2ª parte, é norma especial (segundo Hédio Tornaghi "brecha perigosa no preceito do art. 38"⁴⁰) que inadmite interpretação extensiva ou aplicação analógica.

Tal posição tem o prestígio de vozes autorizadas na doutrina e jurisprudência⁴¹. Acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos bem enfocou a questão:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. CITAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 38, 57 e 1046.

"Embargos de terceiro senhor e possuidor. Citação do embargado na pessoa do seu advogado na execução fiscal. Inadmissibilidade.

"A oposição e os embargos de terceiro não guardam similaridade bastante para o fim de aplicar-se aos últimos, também, a regra excepcional do art. 57 do CPC e afastar, em consequência, o preceito geral do art. 38 do mesmo estatuto processual".

Agravo de instrumento nº 38.877-98, 3ª Turma, Rel. Min. Armando Rollemberg, unânime, julgado em 23.05.77⁴².

⁴⁰ Comentários ao Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1974, v.I, p.244.

⁴¹ JACY DE ASSIS. *Procedimento Ordinário*. São Paulo, LAEL, 1975, p.274; Ernani Fidélis dos Santos. *Procedimentos Especiais*, Ed. Universitária de Direito, São Paulo, 1976, p.281. Alcides Mendonça Luira, *Parecer na Revista de Processo* v.31, p.237, nº 32.

⁴² In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.84. No mesmo sentido: JTACiSP 57/59.

Por fim, na hipótese de versarem os embargos sobre bens imóveis, a citação deverá ser objeto de registro, mediante certidão hábil, no competente ofício do Registro de Imóveis (Lei dos Registros Públicos, art. 167, inciso I, nº 21).

c) Justificação e deferimento liminar

Para o recebimento dos embargos com eficácia adiantada⁴³ é necessária prova sumária da posse⁴⁴. Não se cogita aqui de prova robusta, plena ou indubitável; esta, só se exige para a sentença de mérito. Por ora, para o recebimento e o juízo liminar, só é indispensável uma prova informativa, que conduza a um juízo de plausibilidade do direito alegado pelo Embargante⁴⁵.

Esta prova poderá se fazer por via documental e, em tal caso, instruirá a inicial, permitindo o seu pronto recebimento e a concessão da medida liminar.

No mais das vezes — a experiência indica — é difícil fazer prova documental da posse⁴⁶.

⁴³ Vide letra "a", retro.

⁴⁴ CPC, art. 1050, "caput".

⁴⁵ "A prova de que se cogita neste art. 1050 é tão-somente uma prova informativa. Não é necessário que já seja plena, completa, afastando quaisquer dúvidas e já produzindo certeza. Uma prova assim, dessa natureza e desse poder de convencimento, somente é de exigir-se para a sentença final de julgamento dos embargos.

"Contentar-se-á o juiz aqui com a mera plausibilidade. É uma prova 'quantum satis' para o recebimento e processamento dos embargos". MORAES E BARROS, Hamilton. *Comentários*, p.389.

⁴⁶ E prova da posse sempre se exige; não basta a prova da propriedade. Embargos de terceiro sempre se fundam em posse, ainda que sejam de terceiro senhor e possuidor.

Por isto, é normal em todas as ações possessórias facultar-se tal prova sumária em audiência prévia de justificação (CPC, art. 928, "caput"); com os embargos de terceiro não é diferente e assim faculta o art. 1050, § 1º.

Deverá, então, o rol de testemunhas ser oferecido com a inicial (art. 1050, "caput") e o juiz, recebendo os embargos para discussão, sem ainda deferir a medida liminar e suspender o processo principal, designa audiência de justificação.

Nesta audiência, há contraditório? Isto é, o embargado será para ela citado e nela poderá intervir?

É certo que contestação ainda não há, pois desta só se cogita após a decisão concessiva (ou não) da liminar. CLÓVIS DO COUTO E SILVA sustenta a desnecessidade da citação anterior à audiência de justificação:

"Na audiência preliminar, ainda não houve citação, porquanto essa supõe, tanto no atual CPC (art. 1053) como no anterior (art. 710), o recebimento dos embargos. Se, entretanto, for feita a citação anteriormente à audiência preliminar requerida e deferida, nem por isso, haverá irregularidade. O juiz pode fazê-lo" (PONTES DE MIRANDA, Comentários ao CPC. v.XV, art. 1053, p. 106). "Se houve a citação antes do recebimento dos embargos, pode o embargado comparecer à audiência preliminar mas não poderá questionar as

testemunhas ou apresentar provas contrárias"⁴⁷.

Como se vê, há a preocupação de deixar em aberto a faculdade do juiz de determinar a citação já para a audiência de justificação de posse. Mas, a nosso sentir, e pedindo muita vênia, esta ainda não é a melhor solução, já porque tal faculdade carece de previsão legal, ao menos expressa.

Inobstante efetivamente existam diversidades, até significativas, entre as ações possessórias e a ação de embargos de terceiro, a audiência preliminar de justificação é, em ambas as espécies, por tudo similar e visa, igualmente, à prova sumária da posse. Por tudo isto, justifica-se a aplicação analógica à ação de embargos de terceiro da disposição contida na parte final do art. 928, "caput", do Código de Processo Civil: "*citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada*".

⁴⁷ *Comentários*, v.XI, tomo II, p.468. E explicitando seu ponto de vista, esclarece o ilustre comentarista: "*Não cogita o artigo da obrigatoriedade de ser feita a citação antes ainda da realização da audiência preliminar. Nem essa necessidade resulta da disposição do art. 1050, em que se afirma que a petição inicial deverá obedecer ao que se contém no art. 282, no qual entre os requisitos da petição inicial, está o pedido de citação do réu, pois isso é peculiar a toda e qualquer ação. Do fato de ser necessário o pedido de citação do réu não se deve concluir que ela deva ser realizada antes da audiência preliminar. Ao contrário, na maioria dos casos, essa audiência, para justificação da posse tal seja o caso, é determinada 'inaudita altera parte'. Essa primeira parte do processo caracteriza o procedimento como 'embargos', isto é, uma oposição ao ato ofensivo praticado, tendo a natureza de medida cautelar embutida no procedimento específico, submetido em parte, a princípios diversos dos das ações possessórias*". Obra citada, p.470, nº 515.

E, citado para esta audiência, dela poderá participar ativamente, evidentemente representado por advogado. Não lhe é dado apresentar provas contrárias (pois tal implicaria verdadeira instrução antecipada, com a agravante de que estaria o réu pretendendo provar antes de alegar, o que só fará na contestação), mas haverá de lhe ser permitido formular eventual contradita e reperguntar às testemunhas do autor. Assim não fosse, sentido nenhum teria sua participação meramente passiva na audiência; ademais, a prova obtida com sua participação, ainda que unilateral, permitirá ao juiz cognição mais segura, mesmo que com as limitações inerentes ao juízo liminar⁴⁸.

De outra banda, como já dissemos, ainda que mesmo após a justificação, não se obtenha a prova sumária da posse, necessária para a concessão da liminar, a hipótese não é, obrigatoriamente de rejeição liminar dos embargos. É que pode

48 "A doutrina tem convergido para o entendimento de que ao demandado é lícito fazer-se representar por advogado na audiência e dela participar ativamente, seja reinquirindo as testemunhas do autor, seja contraditando-as quando ocorra algum dos correspondentes motivos legais ... a reinquirição e a contradita não se orientam no sentido de fazer prova favorável ao réu (prova das alegações do réu), mas no de impedir ou dificultar a formação de convencimento judicial favorável às alegações do autor". FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, v.VIII, tomo III, 1984. p.436/437. (O texto é comentário ao art. 928 do CPC e refere-se às ações possessórias - nota nossa).

O autor ressalta, também no que tange às ações possessórias, a inadmissibilidade do réu arrolar testemunhas nesta fase, afirmando inexistir direito subjetivo do demandado a tal, mas cita julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, facultando ao juiz "que não se considere esclarecido devidamente para conceder ou não a medida liminar, determinação audição de testemunhas eventualmente indicadas também pelo requerido : mas este não tem direito de exigir audição que tal". (Obra e local citados).

haver recebimento com ou sem adiantamento de eficácia. Se os fatos narrados pelo embargante, se provados, conduziriam ao acolhimento dos embargos, mas a prova antecipada não se fez suficiente para demonstrar sua posse, recebem-se os embargos⁴⁹, mas não se suspende a execução, nem se concede liminar⁵⁰. O embargante ainda terá oportunidade de fazer prova (agora cabal, não mais sumária) de sua posse durante a instrução e, se lograr fazê-lo, resultará, em sentença final, a procedência dos embargos.

Finalmente, a natureza jurídico-processual da decisão concessiva da liminar é de adiantamento eficaz da sentença. É uma decisão liminar, de caráter satisfativo, que implica em concessão antecipada do pedido, embora em caráter provisório, sujeito a modificação, a exemplo das liminares igualmente satisfativas que podem ser concedidas nas ações pos

49 Aliás, a nosso ver, o juiz deverá decidir receber (ou não) os embargos sempre, ao exame da inicial. Designar audiência prévia de justificação implica, antes, receber os embargos. Se fosse caso de rejeição liminar nem se designaria a audiência de justificação, que visa à coleta de prova apenas para a decisão sobre a concessão, ou não, da liminar.

50 "Não tem razão a impetrante.
 "O ato inquinado de ilegal e abusivo encontra, todavia, respaldo no art. 1051 do Código de Processo Civil, uma vez que o Magistrado não julgou suficientemente provada e alegada posse da embargante, ora impetrante, para lhe deferir, liminarmente os seus embargos. Essa é uma questão que fica ao prudente arbítrio do Juiz decidir, face aos elementos do processo.
 "Não deferindo liminarmente os embargos, nem os rejeitando, mas ao invés, mandando processá-los regularmente, a digna autoridade apontada como coatora nenhum ato ilegal ou abusivo praticou, que pudesse ensejar à impetrante o uso do 'mandamus'. Acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná no Mandado de Segurança nº 71/77, Antonina. Rel. Des. Ronald Accioly, unânime, julgado em 09.08.78. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.135.

sessórias e no mandado de segurança⁵¹. É mais do que decisão cautelar, que visa apenas a assegurar a eficácia da sentença de mérito que vier a ser prolatada: é verdadeira concessão antecipada da eficácia da sentença, ainda que válida "si et in quantum".

d) A defesa do embargado

São os embargos de terceiro ação sumária especial. A sumarização, no caso, dá-se tanto pela simplificação do rito (que é especial), como pela redução da cognição (matéria que se pode alegar e provar — e o juiz conhecer — nesta ação).

Não é, pois, qualquer matéria que pode ser objeto da contestação (assim como a inicial sempre se funda na alegação de posse ou posse e domínio), sofrendo as restrições próprias à sua natureza de ação possessória.

§ 1º) Defesa nos embargos em geral

Assim que, na contestação, pode-se alegar além da ausência dos pressupostos gerais de qualquer ação, a falta daqueles pressupostos específicos da ação de embargos de terceiro.

Há várias defesas próprias (dir-se-ia específicas da

⁵¹ MORAES E BARROS, Hamilton. *Comentários*, v.IX, p.387-388.

ação de embargos de terceiro), a saber:

- a) falta de qualidade de terceiro do embargante;
- b) inexistência de posse (ou posse e domínio) do embargante;
- c) ausência de turbação ou esbulho (ou perigo iminente de turbação ou esbulho) da posse do embargante;
- d) não decorrer de ato judicial a turbação ou esbulho (ou seu perigo iminente) à posse do embargante.

Pode o embargado, em sua defesa, suscitar questão de domínio, isto é, dizer inexistente, nulo ou anulável o título dominial do embargante ou sustentar cabe a ele, embargado, a propriedade do bem? Nos embargos de terceiro senhor e possuidor a questão já faz parte da lide e sempre poderá ser abordada pelo requerido, pois, aí, também o domínio é fato constitutivo do direito do autor.

Já os embargos de terceiro apenas possuidor participam da natureza das ações possessórias, em princípio, não sendo objeto da lide a questão de domínio e a ela não se estende a matéria de contestação.

A questão, todavia, não é pacífica e é relevante, pois diz com a viabilidade da alegação, pelo Embargado, em sua defesa, de fraude contra credores na transferência do bem ao Embargante. Há corrente jurisprudencial liberal que admite pois se o princípio (da vedação da discussão do domínio nos

embargos de terceiro apenas possuidor)

*"vir a ser aplicado com pontualidade, não se poderia por exemplo alegar que a venda e a transferência da posse resultou por exemplo da fraude a credores em que o possuidor não é mais do que 'testa de ferro' do anterior vendedor. Se for possível discutir esses aspectos da questão ter-se-ia até certo ponto examinado a relação subjacente petitória, pois decerto o importante não seria a posse em si mesma, enquanto fato, mas o direito à posse"*⁵².

Como exemplo da dúvida entre a fidelidade ao princípio e o interesse da economia processual, em visão pragmática do processo, a jurisprudência se encontra literalmente dividida, encontrando-se em rápida pesquisa, diversos acórdãos, representativos das duas correntes:

*"EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE CONTRA CREDORES . AÇÃO PAULIANA. A fraude a credores pode ser reconhecida e decretada nos embargos de terceiro, com a conseqüente permanência da penhora, sem necessidade de prévia declaração da anulabilidade do ato pela via revocatória da ação pauliana para torná-lo ineficaz". Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Rel. Juiz Walter Machado, Apelação Cível nº 7.158, Pocos de Caldas, julgado em 22.10.76, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p. 109.*

E o corpo do acórdão reproduz decisão da Corte de Alçada gaúcha nos seguintes termos:

⁵² COUTO E SILVA, Clóvis do. Obra citada, p.474.

"Que não se possa alegar em defesa nos embargos de terceiro a fraude contra credores é tese que se vai superando por economia processual. Verdade que os civilistas em geral, atentos ao art. 109, do Código Civil, ao expressando apenas anulabilidade, diversamente da nulidade da fraude em execução, lembram como adequadas, apenas a ação pauliana para desconstituição do ato (P. de Lacerda, Man. Cód. Civ., III, p.657, J.R. Santos, 1923; Clóvis, Cód. Civ., I, p.291, F. Alves 1953; C. Santos, Cód. Civ. Int., II, p.438, F. Bastos, 1955; Serpa Lopes, Curso de Dir. Civ. I, p.404, F. Bastos, 1971; Pontes, Trat. Dir. Priv., IV, nº 497; Caio Mário, Inst. Dir. Civ., I, p.466, For., 1974; Orlando Gomes, Intr. Dir. Civ., p.495, For., 1974; Washington B. Monteiro, Curso Dir. Civ., I, p.222, Saraiva, 1975). Washington Monteiro, todavia, menciona a existência de norma que admite o reconhecimento da fraude não só na ação direta, como indiretamente nos embargos de terceiro (art. 231, do Decreto nº 4.857/39; art. 217, da Lei nº 6.015/73). E assim a jurisprudência, notadamente da Suprema Corte, vem firmando que a disposição do art. 109, do Cód. Civ., não veda que se declare a anulação no processo de embargos de terceiro (RTJ, 23/164, RE 25.032 do RS).

"Com mesmo sentir voltou ainda a reiterar o Preterório Excelso posteriormente (RTJ, 57/514) e com esses precedentes ainda há pouco reafirmou a admissibilidade de discussão da fraude nos embargos de terceiro (RTJ, 68/627).

"Antes que a declaração da anulabilidade do ato via direta, basta ao exequente o não reconhecimento de seus efeitos, no plano da eficácia, quanto aos créditos fraudados, com permanência da constrição (In Prática, Processo e Jurisprudência, de Javert Prado Martins Filho, Embargos de terceiro, Curitiba, Ed. Juruá, v.26, p.94-98)"⁵³

Na verdade, no STF, após uma fase em que se encontravam decisões nos dois sentidos, a jurisprudência se firmou em que só por meio de ação paulina (e não em sede de defesa em embargos de terceiro) pode se dar o reconhecimento da existência de fraude contra credores:

⁵³ Neste sentido: Jurisprudência Brasileira, Juruá, p.181, RTJ 57/514, 68/527, 70/124, 77/658, 80/305, 95/842; RT 525/166, 528/180, 532/216, Aju ris 16/85; RJTAMG 18/206 e 20/206. Na doutrina sustentam esta posição, entre outros, Clóvis do Couto e Silva (obra e local citados) e Theotônio Negrão (CPC anotado, 18.ed., RT, São Paulo, p.416 - nota ao art. 1053).

"Fraude contra credores. Ação paulina. Embargos de terceiro (impropriedade). O meio processual adequado para se obter a anulação de negócio jurídico viciado de fraude contra credores é a Ação Pauliana, e não os embargos de terceiro. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados". Acórdão do Tribunal Pleno nos Embargos no recurso extraordinário nº 86173-PA, Rel. Min. Rafael Meyer, julgado em 10.09.81, por maioria. In RTJ 99/1191⁵⁴.

Posteriormente, o STF abrandou o rigor de seu posicionamento, admitindo seja reconhecida a fraude contra credores, em embargos de terceiro quando notória a insolvência do devedor:

"Civil. Fraude contra credores. Possibilidade de seu reconhecimento em embargos de terceiro. Notoriedade da insolvência do devedor, capaz de dispensar a ação pauliana. Protestos cambiais em grande número que o adquirente não podia ignorar. Embargos conhecidos por unanimidade e rejeitados pelo voto de desempate". Acórdão do Tribunal Pleno do STF no RE 90.934-RJ, Rel. para o acórdão Min. Décio Miranda, julgado em 10.09.82, por maioria. In RTJ 100/716⁵⁵.

Não obstante, o 6º Encontro Nacional de Tribunais de Alçada aprovou, por maioria, a conclusão nº 12, nos seguintes termos:

⁵⁴ Neste sentido: RTJ 60/494, 80/306, 87/972, 96/683, 110/674, 111/449, 113/1.198; STF-RT 595/284 e 609/218; RF 251/242; Revista de Processo 4/393. Na doutrina: MORAES E BARROS, Hamilton, *Comentários*, p.374-377; Nelson Nery Junior (Ajuris 23/93).

⁵⁵ Na esteira desta decisão, seguiram-se outras do Pretório Excelso; "Apenas tem sido admitida a alegação de fraude contra credores, contra o embargado, excepcionalmente, quando ela é evidente, provada de plano" (DJU 12.08.83, p.11.762); ou "Fraude contra credores. Arguição em embargos de terceiro. Só é cabível quando notória a insolvência do devedor" (RTJ 117/164). Citadas por Theotônio Negrão, obra e local citados.

*"A fraude contra credores pode ser apreciada em embargos de terceiro, desde que todos os interessados participem ou tenham sido convocados ao processo"*⁵⁶.

Este o entendimento que nos parece mais razoável, con-setâneo com o princípio da instrumentalidade do processo. Com efeito, se é certo que o ato praticado em fraude a credores só pode ser anulado em ação própria (pauliana), a sua só ineficácia e conseqüente não produção de efeitos com relação ao Embargado, pode ser resolvida incidentalmente nos embargos de terceiro. Não se vê maior óbice a tal interpretação, de inegável resultado prático; nem se vê diferença ontológica de via processual a permitir o reconhecimento da fraude nos embargos quando "evidente, provado de plano" ou "quando notória a insolvência" e a inviabilizá-la quando mais complexo o contexto probatório: é simples diferença de profundidade de exame da prova.

Mister, isto sim, nos termos da Conclusão citada, a participação no feito de todos os interessados, devendo o juiz, se for o caso, inclusive utilizar seus poderes de integração processual.

⁵⁶ In *Ajuris* 28/127. Esta a posição dominante no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Julgados do TARGS 53/317, Apelações Cíveis nº 183 045 210, 183 045 236, 184 048 049, 184 056 968, 185 061 843, 185 075 793, 186 056 909, 187 052 667, 187 054 465), embora se registrem na mesma Corte arestos em sentido contrário (Agravo de Instrumento nº 187 036 959, Apelação Cível nº 187 064 308).

§ 2º) Defesa nos embargos opostos pelo cônjuge

Nos embargos opostos pelo cônjuge, as defesas mais comuns serão:

- a) não estar o Embargante defendendo bens dotais, próprios ou de sua meação;
- b) haver o ato resultado, real ou presumidamente, em benefício da família.

§ 3º) Defesa nos embargos opostos contra credor com garantia real

Neste caso — é texto de lei — a defesa está limitada (além da ausência dos pressupostos gerais de qualquer ação) às seguintes matérias:

- a) insolvência do devedor;
- b) nulidade ou ineficácia (em relação ao Embargante) do título;
- c) outra ser a coisa dada em garantia.

A questão mais controvertida é a relativa à insolvência e já foi examinada na primeira parte (item 3, "b"), ao qual nos reportamos.

§ 4º) Ônus e limites da defesa do embargado

Nos embargos de terceiro não cabe reconvenção, face à especialidade do rito e limitação da cognição, restrita à verificação da legitimidade da constrição judicial e à liberação ou não do bem, nem ação declaratória incidental⁵⁷.

O embargado tem o ônus de contestar a ação especial e o prazo para tal é de dez dias. É a regra do art. 1053 do CPC, que se remete ao art. 803: consequência disto é que "*não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente*", nos termos dos arts. 285 e 319; ou seja, a revelia, também nos embargos de terceiro, produz seus efeitos próprios⁵⁸.

e) Saneamento

O CPC em vigor não manteve a figura do despacho saneador, instituindo uma fase de saneamento do processo (art. 331). Sob a égide do Código revogado não se cogitava de despacho saneador na ação de embargos de terceiro, eis que tal não se coadunava com o rito especial previsto no art. 685 daquele

⁵⁷ MORAES E BARROS, Hamilton. *Comentários*, p.871 e seguintes. Acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 5016. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p. 201.

⁵⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. Obra citada, p.473. Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos na Remessa "ex officio" nº 44.263, Mato Grosso. Rel. Min. Peçanha Martins. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.92.

diploma:

*"Embora não se possa falar em despacho saneador nos feitos que seguem o rito do art. 685, v.g., a ação de embargos de terceiro, é fora de dúvida que, através do despacho de recebimento dos embargos, o juiz deverá apreciar as condições da ação ..."*⁵⁹.

Com efeito, dispunha o mencionado artigo, em seu "ca
put":

"Art. 685 — Despachada a petição, feitas as citações necessárias e, no prazo de quarenta e oito (48) horas, contestado, ou não, o pedido, o juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes e produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com seu livre convencimento".

Hoje, o art. 1053 do estatuto processual em vigor faz remissão ao art. 803, que dispõe:

*"Art. 803 — Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (art. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias.
"Parágrafo único — Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida".*

⁵⁹ PINTO, Celso Muniz Guedes. Obra citada, p.46. (grifo do original).

No ato de designar audiência⁶⁰, o juiz verificará a regularidade do processo, se estão presentes as condições da ação e deliberará sobre as provas a serem produzidas.

Quanto a estas, nos embargos, são admissíveis todas aquelas em direito permitidas, embora tenha de se atender, quanto ao seu valor, às normas de direito material⁶¹: assim, contratos de valor superior à taxa legal não poderão ser provados exclusivamente por testemunhas. Com a ressalva, pois, de quando o direito material instituir prova tarifada, nos embargos de terceiro admite-se prova pericial, testemunhal, depoimento pessoal e ainda indícios e presunções⁶².

De notar que no caso de embargos de terceiro senhor e possuidor, a prova do domínio é tarifada: faz-se com certidão de registro do álbum imobiliário; da mesma forma, com os direitos reais de garantia, no caso do embargado alegar que os possui.

⁶⁰ "Por conseguinte, hoje, na sistemática do Código, só há despanho saneador quando o procedimento deve prosseguir para instrução em audiência". PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 2.ed., Forense, v.III, 1977. p.578. E acrescenta mos nós; sempre que, em qualquer procedimento (comum, especial ou cautelar) o juiz designar audiência, deliberará sobre provas e saneará o processo, porque o art. 331, subsidiariamente aplicável aos procedimentos especiais (art. 273), assim dispõe e porque não faz sentido, dentro da sistemática do Código, proceder à instrução sem haver superado tais questões.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, tomo XV, p.90.

⁶² RT 601/207.

f) Decisão

A decisão pela qual o juiz julga os embargos de terceiro é sentença, decida ou não o mérito da causa, eis que põe termo ao processo sumário especial dos embargos de terceiro.

A sentença que julgar o mérito da causa deverá atender às exigências do art. 458 do CPC, ou seja, conterá os requisitos essenciais às sentenças de mérito em geral: relatório, fundamentação e dispositivo.

Como de sentença se cuida, o recurso cabível é o de apelação⁶³; se a sentença julgar procedentes os embargos, a apelação terá duplo efeito (suspensivo e devolutivo); se os julgar improcedentes, o recurso só será recebido no efeito devolutivo, face ao disposto no art. 520, inciso V do CPC⁶⁴.

Hoje, também a decisão que rejeita "in limine" os embargos é sentença⁶⁵ (põe fim ao processo, sem julgamento de mérito) e o recurso cabível é o de apelação, também com efeito apenas devolutivo, agora por aplicação analógica — pelo

⁶³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, v.XV, p.115; THEODOPO JÚNIOR, *Curso*, p.1029.

⁶⁴ Acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Correição Parcial nº 28.724, Pelotas, julgada em 13.10.77, unânime. Rel. Des. Amaral Braga. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p. 254.

⁶⁵ Dela, todavia, não se exigem os requisitos formais de que trata o art. 458.

argumento a fortiori — da norma do art. 520, v.⁶⁶.

Por seu turno, a disposição do art. 173, inciso II do CPC, quanto aos embargos de terceiro tem sido interpretada pela jurisprudência no sentido de que estes só se processam durante as férias para o fim de concessão e execução da medida liminar⁶⁷. Por isto, que o prazo para resposta só flui a partir do primeira dia útil seguinte ao término das férias (art. 173, § único). Analogicamente, o prazo recursal não flui nas férias, suspendendo-se pelo seu advento e voltando a correr a partir do primeiro dia útil a elas seguinte⁶⁸.

"A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios" é o conhecido texto do artigo 20 do CPC, que tem plena aplicação aos embargos de terceiro, mas, nesta ação, apresenta algumas dificuldades que demandam análise.

É que o princípio da responsabilidade pela sucumbência ser objetiva, aplicado à concretude dos casos reais poderia, em um primeiro raciocínio, conduzir a uma solução injus-

⁶⁶ No Código de 1939, o recurso cabível no caso de rejeição liminar dos embargos era o de agravo de petição e a partir da Lei 4672 de 12.06.65, que alterou a redação do inciso IV do art. 842 e teve o mérito de firmar que o recurso das decisões definitivas era o de apelação, matéria dantes controvertida, passou a caber (no caso de rejeição "in limine") a gravo de instrumento, em evidente impropriedade sistemática.

⁶⁷ RT 512/192 e 524/145.

⁶⁸ *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.267.

ta para o credor quando não haja contribuído para a constrição ilegal e haja, de pronto, reconhecido a procedência dos embargos.

A maioria da jurisprudência tem sustentado a aplicação objetiva do princípio, com a ressalva do direito de regresso do prejudicado, que haveria de ser contra o Estado, face à regra do art. 37, § 6º da Constituição Federal:

"EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. MULHER CASADA. MEAÇÃO. REDUÇÃO DA PENHORA PARA RESSALVA DA MEAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARTS. 26 e 269.

"Embargos de terceiro. Meação da mulher casada. Reconhecimento do pedido.

"Se após os embargos o credor vem a juízo pedindo a redução da penhora para ressalva da meação da mulher casada, não só reconhecendo, mas inclusive satisfazendo pretensão desta, inafastável sua procedência.

"Despesas e honorários advocatícios. Reconhecimento ou desistência. Obrigação de quem se submete.

"Se o embargado satisfaz a pretensão do embargante, reconhecendo-lhe a procedência, sua submissão voluntária equivale a sucumbimento no litígio judicial respondendo pelas obrigações necessárias, nos termos claros da lei (art. 26, do CPC)".

Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 16.952, Osório, Rel. Milton dos Santos Martins, julgada em 13.12.77, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*. ed. Juruá, v.27, p.238.

"EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. CULPA DO OFICIAL DE JUSTIÇA. SUCUMBÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 20.

"Apelação cível. Execução forçada. Embargos de terceiro. Procedência, com a consequente liberação da parte do imóvel de propriedade dos recorridos. Na espécie, indiscutivelmente, caracterizou-se a sucumbência do apelante e, assim, o recorrente deve suportar o pagamento das custas e dos honorários advocatícios, na forma prescrita pelo art. 20 do vigente Código de Processo Civil, de vez que os recorridos para exclusão do bem da penhora tiveram que contrair despesas e,

também, contratar um advogado; é óbvio que fica ressalvado ao apelante o direito de acionar a pessoa ou pessoas que lhe causaram prejuízo, para ser reembolsado do pagamento que fizer. Recurso desprovido".

Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível nº 1.179/77, Astorga, Rel. Juiz Plínio Cachuba, julgado em 30.03.78, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.134.

"SUCUMBÊNCIA. Penhora. Bens não sujeitos à execução. Liberação. Embargos de terceiro procedentes. Ônus do exeqüente.

"A responsabilidade legal por ônus do sucumbimento é objetiva, descansando no só fato de a declaração jurisdicional do direito, a pronúncia do juiz, contrariar a parte, que então se diz vencida ou sucumbente. De modo que quem acione o mecanismo judiciário, intentando processo de execução em cujo decurso se penhorem bens alheios, dá causa objetiva à constrição e deve ressarcir as despesas de custas e honorários advocatícios que, por livrar-se, mediante embargos, seja o terceiro obrigado a contrair".

Acórdão da 5ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação Cível nº 181.647-0, Rel. Juiz César Peluso, julgada em 29.05.85, unânime. In *RT* 601/169⁶⁹.

Esta, sem dúvida, a aplicação sistemática do princípio de que a responsabilidade pela sucumbência é objetiva, independentemente de má-fé, dolo ou culpa; direito de regresso, teria que ser buscado em ação própria.

É verdade que se encontram decisões que transijem com a regra, pois se afigura dura com o credor que não indicou o bem nem se opôs à exclusão da constrição, postos os embargos:

⁶⁹ No mesmo sentido: JTACiSP 31/101 e 39/175.

"De acordo com a manifestação do Dr. Procurador da República a fls. 15v., a União absteve-se de contestar os embargos porque, à vista do pequeno valor de débito executado, limitou a penhora à meação do cônjuge varão.

"Esvaziou-se, assim, o objeto da pretensão e caberia apenas, com a devida vênia, julgar extinto o processo. Não houve sucumbência ou vencido para dar lugar à condenação em ônus processuais.

.....
 "Dou provimento à apelação para cancelar a condenação em custas e honorários e reformar a sentença de procedência dos embargos que estavam prejudicados. A penhora subsiste, exclusivamente, na parte do cônjuge varão".

Voto do Relator em Acórdão da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos. Apelação Cível nº 40.810-MG. Rel. Min. Paulo Távora, julgado em 09.06.76, unânime. In *Jurisprudência Brasileira*. ed. Juruá, v.27, p.86⁷⁰.

Na mesma senda, PEDRO MADALENA sustenta que

"deve o juiz ter muita cautela na aplicação do princípio da sucumbência, em ações de embargos de terceiro, já que, nem sempre, o embargado age com culpa de modo a causar prejuízo ao embargante⁷¹ ... Condenar o embargado a pagar custas e honorários, só pelo simples fato do pedido ser precedente, é acolher a frieza da lei reza-da pelo artigo vigésimo do diploma codificado e desprezar os sãos princípios de justiça"⁷².

⁷⁰ A tese central do acórdão não nos parece defensável. Houve nítido reconhecimento da procedência do pedido (ainda que se acene com a questão do pequeno valor do débito, o certo é que a penhora devia ter se limitado, desde logo, à meação do varão), o que inviabiliza se dizer não ter havido vencido, ou que a sentença não devesse ser de procedência.

⁷¹ Mas a responsabilidade pelo ônus da sucumbência é objetiva! (nota e grifos nossos).

⁷² MADALENA, Pedro. Embargos de Terceiro. Sucumbência. Inexistência de culpa do credor. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.13.

De nossa parte, entendemos que o texto da lei e a sistemática do Código devem ser preservados, mormente quando ao invés da solução simplista de afastar sua aplicação, sob a alegação de injustiça, vemos que interpretação sistemática e teleológica conduz a resultado eqüitativo:

a) a parte sucumbente nos embargos de terceiro, pelo fato objetivo da sucumbência, reembolsará ao vencedor custas e honorários (art. 20 do CPC);

b) o sucumbente tem direito regressivo contra as pesoas que praticaram o ato que lhe causou o prejuízo; em se tratando de particular, a responsabilidade regressiva deste se funda no dolo ou na culpa; em se tratando de servidor do Estado, a responsabilidade é do Estado e objetiva nos termos do art. 39, § 6º da Constituição⁷³;

c) é viável a denunciação da lide, forte no art. 70, III do CPC, para, nos próprios autos dos embargos, ver reconhecido o direito de regresso⁷⁴;

d) "de lege ferenda", é conveniente que seja obrigatório, antes da propositura dos embargos de terceiro, formular, nos autos da execução, por simples petição, pedido de liberação do bem, que seria atendido se com ele concordasse o

⁷³ A responsabilidade objetiva do Estado não abrange, todavia, o ato judicial que é ato político.

⁷⁴ Com razão, no particular, MADALENA, Pedro, artigo citado. A denunciação da lide é no caso, facultativa, pois seu não exercício não obsta futura propositura de ação regressiva.

Exequente⁷⁵; enquanto não há tal disposição no ordenamento processual, conveniente que o juiz faculte tal procedimento às partes e que, logo após a penhora feita pelo Oficial de Justiça sobre ela ouça o Exeqüente que, poderá, em caso de vício que a macule, requerer a exclusão do bem, obviando a oposição de embargos e os ônus processuais decorrentes.

Quanto à fixação dos honorários, deve, em princípio, ser feita em percentagem sobre o valor da causa, bem mensurável o objetivo econômico da ação, que é livrar da constrição determinada coisa ou direito⁷⁶; em sendo causa de pequeno valor, que resultasse vil a fixação dos honorários nos limites dos percentuais postos no parágrafo 3º do art. 20 do estatuto processual, é que se aplicará a norma do respectivo parágrafo 4º.

⁷⁵ THEODORO Jr. *Processo de Execução*, p.373-374.

⁷⁶ RT 605/84, RTJ 84/231. Contra, sustentando que sempre se aplica o § 4º do art. 20 do CPC: RT 605/100.

I I I — C O N C L U S Ã O

LIMITES DA LIDE E LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

NA AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO

1 — SITUAÇÃO DO PROBLEMA

Examinados os fundamentos e a natureza jurídica da ação de embargos de terceiro, visto o seu processo, propusemos, à guisa de conclusão, a estudar os limites da lide nela posta, bem como os limites objetivos da coisa julgada que será produzida pela sentença que a julga.

A questão tem inegável relevância prática de vez que diz respeito à possibilidade, de se renovar, em ação posterior, discussão que tenha sido travada na ação especial de embargos.

Para tanto é preciso identificar-se, primeiramente, a matéria que pode ser discutida nos embargos e qual o objeto deste processo, seguindo-se o exame das diferentes posições doutrinárias sobre os limites da lide que será apreciada pela sentença, para esclarecer sobre que matéria ela fará coisa julgada, e qual fica reservada para discussão posterior, bem como ações que ficam ressalvadas às partes.

2 — MATÉRIA OBJETO DE DISCUSSÃO NOS EMBARGOS

Salvo nos embargos opostos pelo credor com garantia real, onde o campo de defesa é limitado por expressa disposição legal (CPC, art. 1054), não há, nos embargos fundados na posse (que é sua clássica hipótese) restrição à matéria que pode ser objeto de debate pelo embargante ou pelo embargado.

Anota HAMILTON DE MORAES E BARROS:

"Ressalta-se, ainda, que não há restrição quanto à matéria que é objeto dos embargos, isto é, que não está limitado em suas alegações ou arguições nem o embargante nem embargado, quando esses embargos venham do possuidor"¹.

Ampla, praticamente sem restrição salvo hipótese especial, é, pois, a matéria que pode ser discutida nos embargos do possuidor.

Sobre toda a matéria debatida, fará, a sentença, coisa julgada?

¹ *Comentários*, v.IX, p.395.

3 — DIFERENTES POSIÇÕES NA DOCTRINA

Liebman sustenta que a coisa julgada limita-se à exclusão ou inclusão da coisa na execução (isto é, sobre a manutenção, ou não, da constrição) e não impede se renove a discussão em ação posterior:

*"Os embargos de terceiro dão, portanto, lugar a cognição sumária (art. 710 do Código de Processo Civil - remissão ao CPC de 1939, nota nossa) e a decisão não prejudica definitivamente os direitos do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-los em processo ordinário. A lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execução e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando deles se tenha discutido. Mas, por isso mesmo, uma vez rejeitados, não podem ser propostos novamente no curso da mesma execução"*².

² *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1946, p.178. Em amparo de sua posição, LIEBMAN invoca acórdão do Tribunal de Apelação paulista, vazado nestes termos:

"Os embargos de terceiro não perderam no Cod.Proc.Civil a natureza do remédio possessório contra um ato judicial. A decisão do domínio neles só é possível quando é evidente pertencer a uma das partes: havendo dúvida, ou antes, não sendo evidente, a decisão deve cingir-se à posse. É que o processo desses embargos é sumário e rápido: o art.685, de acordo com o qual se deve proceder, ex vi do art.710 manda que se faça uma instrução sumária, facultando-se às partes a produção de provas dentro de um tríduo e decidindo o juiz, em seguida, pelo seu livre convencimento.

"Por essa forma, não se pode apreciar e decidir uma questão de domínio, em que as partes apresentam títulos com características das coisas que não combinam entre si e pelos quais há dificuldades grandes em se estabelecer a filiação deles, bem como as confrontações das terras. Encarados os embargos pelo aspecto possessório, eles devem ser, como foram, julgados improcedentes. É que os embargantes não provaram a prática de atos possessórios nas terras, objeto dos embargos.

"Assim, acordam, em Primeira Câmara Cível do Tribunal de Apelação, negar provimento ao agravo para julgar improcedentes os embargos de terceiro oposto pelos agravantes, ficando, porém, salva a eles a discussão do domínio, pelos meios ordinários". Rel. Des. Paulo Colombo, julgado em 10.01.44, unânime, in Revista Forense 98/378.

Liebman aponta, ainda, que esta limitação da coisa julgada à liberação do bem é que torna possível a brevidade do processo e sumariedade da cognição e tem origem na "controversia pignoris capti" romana. Em França, a adoção do princípio "possession vaut titre" para os bens móveis, ao depois estendido às vendas judiciais, fez com que o terceiro que não reclamasse tempestivamente seus direitos sobre a coisa arrematada os perdesse em definitivo, resultando daí tornar ordinário e de cognição plena o processo de oposição do terceiro. Mas o princípio "possession vaut titre" não vingou no direito luso-brasileiro, onde a matéria ainda se pauta pelos princípios de direito romano: processo e cognição sumários, limitação da coisa julgada.

Ponto de vista contrário é sustentado, na doutrina brasileira, por AMÍLCAR DE CASTRO. Observa o autor que é enumeração taxativa os casos de exclusão da coisa julgada e nesses não se encontram os embargos de terceiro. Depois, é inconveniente as mesmas partes virem renovar discussão já travada e decidida em processo contencioso:

"E julgados afinal os embargos procedentes, ou improcedentes, não se poderá renovar o pedido pelas vias ordinárias: a sentença que os julga, ou não, provados tem efeito de coisa julgada. O antigo Tribunal de Relação do Estado de Minas Gerais teve ocasião de decidir que o execlente, vencido pelo terceiro embargante senhor e possuidor, não pode renovar em processo ordinário o pedido de nulidade da venda, cuja validade se tornou coisa julgada. LIEBMAN é de opinião contrária, entendendo que a sentença proferida sobre embargos de terceiro, quanto à propriedade, não produz coisa julgada substancial, pois afirma que a decisão não prejudica definitivamente os direitos do terceiro, que poderá, em qual-

quer caso, defendê-los em processo ordinário. A lide nos embargos se refere apenas à inclusão ou exclusão da coisa na execução, e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando deles se tenha discutido.

"Mas parece claro que, para se resolver se a coisa deve, ou não, ser incluída na execução, há que se resolver se a mesma é, ou não, de propriedade do executado. E parece inconveniente se resolva que é, ou não é, para se mandar incluí-la, ou excluí-la, e mais tarde, as mesmas partes, por ação ordinária, virem levantar a mesma questão já julgada em processo contencioso, em forma de embargos, provocado pelo próprio terceiro. Além disso, o art. 288 do Código de Processo Civil menciona taxativamente os casos em que a sentença não tem efeito de coisa julgada, e em nenhum se pode encaixar o julgamento dos embargos de terceiro. Evidentemente, conforme o que for articulado e decidido nesses embargos, o vencido no possessório, autor, ou réu, pode ainda intentar o petitório ao passo que o julgado no petitório fecha irrevogavelmente a porta ao possessório e a novo juízo petitório"³.

³ *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939)*. 2.ed., Rio, Forense, v.X, t.2, 1963. p.481-482. O insigne professor ilustra sua tese com o citado antigo acórdão do Tribunal de Relação de Minas Gerais, cuja ementa a seguir se transcreve para melhor esclarecimento.

"AÇÃO PAULIANA. EXCEÇÃO DE COUSA JULGADA.

"O direito de executar bens alienados em fraude da execução, não é senão a própria ação pauliana, exercida diretamente por via da penhora, independentemente do processo ordinário. O exequirente, vencido pelo terceiro embargante senhor e possuidor, não pode renovar em processo ordinário o pedido de nulidade de venda, cuja validade se tornou coisa julgada".

Apelação Cível nº 3.191, Queluz, Rel. Des. Arnaldo de Oliveira, julgada em 08.10.1013, in *Revista Forense* 25/230.

4 — CRÍTICA

a) Objeto do processo nos embargos de terceiro

Identificando qual o objeto do processo nos embargos de terceiro é que, a nosso ver, poderá se responder à questão da extensão da coisa julgada nos embargos de terceiro, quanto a seus limites objetivos⁴.

Como se sabe, a matéria relativa ao objeto do processo mereceu especial desenvolvimento na doutrina alemã, onde o mais minucioso estudo a respeito se deve a KARL HEINZ SCHWAB⁵.

SCHWAB sustenta que a exata delimitação do objeto litigioso responderá com correção a quatro "pedras de toque": as questões da cumulação de ações, da modificação da demanda, da

⁴ Limites objetivos da coisa julgada refere-se àquelas matérias que julgadas pela sentença, em outro feito não poderão ser renovadas. "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (CPC, art.468). Os limites subjetivos da coisa julgada dizem respeito a que pessoas (sujeitos) são atingidos pela coisa julgada produzida pela sentença. "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros" (CPC, art.472).

⁵ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução de Tomas A. Bauzhat. EUEA, Buenos Aires, 1968.

litispêndência e da coisa julgada.

Após proceder análise crítica das teorias de Lent, Rosenberg, Nikisch, Schonke e outros, SCHWAB passa a exame de tido das quatro "pedras de toque" referidas.

Observa que há cumulação de ações quando ocorre pluralidade de pedidos.

Verifica que ocorre modificação da demanda quando se modifica o próprio pedido.

Atenta que uma demanda pode ser repelida pela exceção de litispêndência quando reproduz pedido de outra ação em andamento.

Indica, por derradeiro, que a coisa julgada se produz em relação ao pedido formulado pelo autor.

Examina, em relação a cada uma das pedras de toque a pontadas, a questão no que tange às ações declaratórias, condenatórias e constitutivas.

Define, então, sua concepção de objeto litigioso, que pode ser sustentada conseqüentemente em relação às quatro questões apresentadas, trate-se de ações condenatórias, declaratórias ou constitutivas:

*"Objeto litigioso es la petición de la resolución judicial señalada en la solicitud"*⁶.

⁶ Obra citada, p.263.

O trabalho de SCHWAB veio a lume em 1954 na Alemanha. Ainda hoje é atual. Mais: permanece sendo o mais completo estudo sobre o objeto litigioso no processo civil.

A concepção de que o pedido é determinante do objeto do processo solidificou-se na doutrina.

Na literatura pátria, ARRUDA ALVIM⁷ analisa detalhadamente as teorias expostas por SCHWAB e a concepção deste e há interessante estudo a respeito, de autoria de SYDNEY SANCHES, que assim conclui:

*"Só uma parte do processo constitui o objeto litigioso do processo: é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentes (sobre questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denunciação da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu formulado na oposição"*⁸. (grifos do original).

⁷ Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.2, 1971; Curso de Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.1 e 2, 1972; Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.1, 1975.

⁸ Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In *Ajuris*, v.16, p. 155-156.

b) **Exclusão da coisa julgada nos embargos de terceiro**

Temos posto então que:

a) sobre o objeto do processo faz a sentença coisa julgada;

b) o objeto do processo é o pedido do autor;

c) nos embargos, o pedido do embargante (e, pois, o objeto do processo) é o desfazimento da constringão sobre a coisa, e a isto se limita a coisa julgada (quanto a seus limites objetivos).

Logo, a coisa julgada não abrange questão de domínio que eventualmente tenha sido discutida nos embargos, ou a questão da validade do título de garantia, (no caso de embargos opostos por credor com garantia real)⁹ e mesmo a discussão sobre a questão possessória eventualmente poderá ser renovada.

Examinemos com algum detalhe tal conclusão.

⁹ "Pondere-se que a sentença que decidiu os embargos de terceiro não fará coisa julgada em relação ao domínio ou à nulidade do título da dívida. Poderão essas controvérsias se discutidas em outra ação proposta para tal fim específico.

.....
 "A discussão sobre domínio e validade do título de garantia real poderá ser renovada, por meio de outra ação, autônoma, posterior, a isso destinada, seja entre as mesmas partes, seja entre essas e terceiros". MO-
 RAES E BARROS, Hamilton. Obra citada, v.IX, p.395.

I — A coisa julgada não abrange a questão de domínio

Mesmo que se cuidem de embargos de terceiro senhor e possuidor, o objeto do processo é (só) a liberação do bem e não a declaração do domínio do Embargante sobre a coisa. De notar que, em embargos de terceiros, não cabe ação declaratória incidental¹⁰.

II — A coisa julgada não abrange a questão da validade do título de garantia real

Nos embargos opostos por credor com garantia real a lei limite às hipóteses de enumeração legal taxativa (CPC, art. 1054) a defesa do embargado. Uma das hipóteses previstas na lei é a nulidade ou ineficácia do título (art. 1054, II).

Ainda que sobre esta questão se debata (e até se centre a discussão nos embargos) a ela não se estenderá a coisa julgada, porque não faz parte do pedido (o pedido é liberação do bem) — e em consequência não é o objeto do processo — e descabe declaração incidente.

c) Ações ressalvadas face aos limites objetivos da coisa julgada formada nos embargos

Ficam ressalvados, em primeiro lugar, todas as ações relativas ao domínio, especialmente a reivindicatória, pois,

¹⁰ Vide a respeito, na 2ª parte deste trabalho, nº 4, letra d, § 4º e nota 57.

como se viu, a coisa julgada formada nos embargos não abrange a questão dominial¹¹.

Igualmente, ficam ressalvadas as ações autônomas para discussão da validade do título de garantia real, especialmente as ações declaratórias de sua validade (ou nulidade), e eficácia ou ineficácia.

Mesmo as ações possessórias, conforme a hipótese poderão ser posteriormente manejadas e não ficam necessariamente inibidas pela coisa julgada que nos embargos se forma. É que a posse é julgada nos embargos restritamente, apenas para o fim da liberação do bem. O pedido é de reconhecimento de posse, mas apenas para o fim de liberação do bem do ato de constrição judicial, bastando, para sua procedência, ter o embargante posse melhor do que a resultante da constrição. A coisa julgada que se forma sobre a posse não vai além deste limite, e, fora dele, pode a matéria tornar a ser discutida em futura ação possessória. Ainda, não convém esquecer que a cognição sobre a posse nos embargos é sumária, por força da remissão que o art. 710 do CPC de 1939 fazia ao art. 685 do mesmo diploma e que hoje o art. 1053 faz ao art. 803, que re-

¹¹ "Não se compreende em sua função (dos embargos de terceiro — nota nos sa) declarar o direito do embargante sobre os bens apreendidos com a eficácia de *res judicata* de sorte que o que ficar decidido no incidente 'não prejudica definitivamente os direitos do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-los em processo ordinário', como a ação reivindicatória". THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, p. 368, citando LIEBMAN.

ge o processo cautelar, onde a cognição é necessariamente sumária, apenas suficiente para aquilatar a aparência do bem direito. Nas ações possessórias, por seu turno, a cognição é ampla, eis que depois de contestadas seguem o procedimento ordinário (CPC, art. 931), e não o procedimento aplicável aos processos cautelares.

5 — SÍNTESE

A coisa julgada, na ação de embargos de terceiro, limita-se ao objeto do processo — o pedido — que é apenas a liberação do bem face à constrição judicial: não abrange a questão de domínio, nem de validade do título de garantia real¹².

Em consequência não impede o manejo das ações reais, especialmente a reivindicatória, ou das ações (positivas ou negativas) visando ao reconhecimento da validade ou eficácia do título de garantia, ou mesmo de outras ações possessórias, pois nos embargos, a decisão sobre a questão da posse limita-se a verificar, após cognição sumária, se melhor a posse do embargante que pretende a liberação do bem ou a decorrente da constrição atacada, podendo, questão possessória que transcenda a estes limites, ter sua discussão renovada posteriormente em ação possessória autônoma.

¹² O argumento de que as exclusões da coisa julgada são matéria de enumeração legal taxativa não se aplica à hipótese em estudo. É óbvio que não há exclusão e a sentença proferida nos embargos faz coisa julgada mas nos limites da lide, como qualquer sentença; isto é, sobre o objeto do processo, que é, tão só, a liberação do bem.

BIBLIOGRAFIA

- AMBRA, Luiz. *Dos Embargos de Terceiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*. São Paulo, Saraiva, 1934.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.2, 1971.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.1 e 2., 1972.
- _____. *Código de Processo Civil Comentado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.1, 1975.
- ASSIS, Jacy de. *Procedimento ordinário*. São Paulo, LAEL, 1975.
- AZEVEDO Jr., José Osório de. A Súmula 621 e o imóvel loteado. In *Revista dos Tribunais*, nº 611, p.276.
- BINUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1946.
- BUSSADA, Wilson. *Embargos de terceiro interpretados pelos Tribunais*. São Paulo, Hemus, 1987.

- BUZAID, Alfredo. Deverá instituir-se no Brasil a oposição de terceiro? In *Revista de Direito Processual Civil*, v.1, p. 84.
- CALIXTO, Negi. Embargos de terceiro oferecidos por promitente-comprador. In *Ajuris*, nº 26, p.72.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, v.III, 1977.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo Comentado*. São Paulo, Sarai-va, 1930.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro, Forense, 1940.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituzioni del Processo Civile Italiano*. 5.ed., Roma, Foro Italiano, 1956.
- _____. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova, Cedam, 1936.
- CASTILHOS, Othelo Dillon. Embargos de terceiro. Penhora. Compromisso de compra e venda não inscrito no competente registro público. Inadmissibilidade do remédio, ainda que fundamentado na posse do bem. In *Revista dos Tribunais*, nº 567, p.260.
- CASTRO, Amílcar Augusto de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, v.X, tomo 2, 1963.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. 2.ed., *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.VIII, 1974.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Reus, 1941. (Tradução de José Casais y Santalo).

- CONDE, F. Oliveira. *Dos Embargos de Terceiro*. Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos ed., 1925.
- COSTA, Marcelo Caetano da. Efeitos da sentença que julga procedente a ação pauliana. In *Revista de Processo*, nº 32, p. 49.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.XI, 1982.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma, 1966.
- CUNHA CAMPOS, Ronaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, v.I, tomo I, 1975.
- _____. O objeto do processo e a posição do judiciário. In *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 35, p.15.
- CUNHA, João. Concurso de credores. Defesa dos créditos hipotecários e pignoratício. In *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 1, p.107.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Embargos de Terceiro. In *Revista de Processo*, nº 44, p.248.
- CRUZ, José Raimundo Gomes. A defesa da mulher do devedor na ação executória. In *Ajuris*, nº 18, p.67.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro. In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v.97, p.8.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, v.VIII, tomo III, 1984.

- FIGUEIREDO, Manoel. Mulher casada. Defesa da meação. In *Revista dos Tribunais*, v.544, p.288.
- FLORES, José Mauro. Dos embargos de terceiro pela mulher casada. Questão preliminar. In *Revista dos Tribunais*, v.531, p.27.
- FRAGA, Afonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1940.
- KFOURI, Roberto Latif. Defesa do embargado nos embargos do credor com garantia real. In *Revista dos Tribunais*, v.491, p.231.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2.ed., Porto Alegre, Fabris, 1988.
- LIEBMAN, Eurico Tullio. *Processo de Execução*. 3.ed., São Paulo, Saraiva, 1968.
- _____. *Embargos do executado*. 3.ed., São Paulo, Saraiva, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Parecer. In *Revista de Processo*. nº 31, p.237.
- LIMA, Cláudio Vianna de. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- MADALENA, Pedro. Embargos de terceiro. Sucumbência. Inexistência de culpa do credor. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.13.
- MALACHINI, Edson Ribas. Impenhorabilidade da meação do cônjuge não devedor. In *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 54, p.75.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6.ed., Rio de Janeiro, Borsóï, 1956.
- MORAES E BARROS, Hamilton. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Rio de Janeiro, Forense, v.IX, s/d.
- MOURA, Mário Aguiar. Fraude contra credores e embargos de terceiro. In *Revista dos Tribunais*, nº 617, p.25.
- MUNIZ, Francisco. Embargos de terceiro à penhora. A questão da posse do promitente-comprador. In *Revista dos Tribunais*, nº 613, p.7.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Revista dos Tribunais, 18.ed., São Paulo, 1988.
- NERY JR., Néelson. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. In *Ajuris*, nº 23, p.93.
- ORTIZ, Carlos Alberto. Embargos de terceiro. In *Revista do Processo*, nº 29, p.154.
- PABST, Haroldo. *O crédito hipotecário na execução movida por terceiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática de Processo Civil comparado com o Comercial e de Hermenêutica Jurídica*. 7.ed., Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos ed., 1910.

PINTO, Celso Muniz Guedes. *Os embargos de terceiro no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro, UFRJ, 1967.

PONTES DE MIRANDA, (Francisco Cavalcanti). *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959.

_____. *Tratado das ações*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed., Rio de Janeiro, Borsó, 1972.

PRATA, Edson. *Embargos de terceiro*. São Paulo, LEUD, 1984.

_____. Embargos de terceiro. In *Revista de Processo*, nº 24, p.205.

REDENTI, Eurico. *Il giudizio civile con pluralità di parti*. Milano, A. Giuffrè, 1960.

REQUIÃO, Rubens. Fraude contra devedores. In *Revista dos Tribunais*, nº 575, p.45.

ROLAND, Henri. *Chose jugée et tierce opposition*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1958.

- SALGADO, Murilo Rezende. Penhora de bens hipotecados. Exercício e defesa dos direitos do credor hipotecário. In *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 20, p.107.
- SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Embargos de terceiro ofertados em juízo deprecado. In *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, v.27, p.17.
- SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, nº 16, p.133-156.
- SANTOS, Ernane Fidílis. *Procedimentos especiais*. São Paulo, LEUD, 1976.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1985.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires, EJE, 1968. (tradução de Thomas A. Baunzhat).
- SOUZA, Ernani Vieira de. A incompatibilidade entre a ação possessória e a reivindicatória. In *Revista da Ajuris*, nº 134, p.120-136.
- SOUZA, Gelson Amaro de. Valor da causa nos embargos de terceiro. In *Revista de Processo*, nº 35, p.239.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- _____. *Processo de Execução*. 11.ed., São Paulo, LEUD, 1986.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.

_____. O imóvel hipotecário e a execução de terceiro. In *Revista de Processo*, nº 44, p.7.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.I, 1974.

VERGARA, Osvaldo. *Comentários ao Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, Globo, 1922.

VILHENA, Paulo Emílio de Andrade. Embargos de terceiro e credor hipotecário. In *Revista da Ajuris*, nº 17, p.47.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto processuale civile*. 6.ed., Milano, Giuffré, 1964.