

ASPECTOS DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA (*)
Magistrado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interditos Possessórios e Embargos de Terceiro. 3. Objeto e Natureza dos Embargos de Terceiro. 4. Conceito de Apreensão Judicial. 5. Opção para se evitarem Embargos de Terceiro. 6. Partes Processuais - Legitimidade ativa e passiva. 7. A Questão da Sucumbência. 8. Competência - Juiz Deprecante - Juiz Deprecado - Competência Originária do Tribunal - Competência da Justiça Federal. 9. Procedimento dos Embargos de Terceiro - Processamento - Indeferimento liminar. 10. Resposta.

1. INTRODUÇÃO

Na feliz expressão de RUDOLF VON IHERING, a luta pelo Direito é um dever do interessado para consigo mesmo e a defesa deste mesmo direito é um dever do interessado para com a sociedade.

De fato, sendo a causa primeira do Direito a manutenção, a preservação da paz social, não se concebe a idéia de alguém sofrer injustiça no seu direito subjetivo, por infração da norma jurídica, sem atingir a saúde do corpo social a que pertence.

No Estado moderno, um órgão desponta, independente e soberanamente, para atender aos anseios do indivíduo que se sinta prejudicado no exercício de seu direito, espoliado no bem da vida que entenda lhe pertencer, cujo objetivo imediato é rever aquela situação e apresentar a última palavra, como solução definitiva do impasse.

Qualquer que seja o titular do interesse juridicamente protegido, ou seja, qualquer sujeito de direitos, ensina UGO ROCCO, pessoa física ou jurídica, tem interesse na intervenção do Estado, para a declaração de certeza ou a realização coativa dos interesses de direito material, tutelados em abstrato pelo direito objetivo, quando não puderem ou não quiserem satisfazê-los espontaneamente (minha livre tradução da versão espanhola)⁽¹⁾.

Sucede que, sendo ilimitado o interesse, pode ocorrer que dois indivíduos manifestem desejo sobre o mesmo bem e tornam de tal forma intransigentes, que só a força de um terceiro desinteressado, no caso o Estado-Juiz, pode pôr fim ao conflito de interesse, se for convocado, e restaurar a paz, a autoridade da norma jurídica, tonando o bem da vida ao pálio do seu legítimo titular.

(*) - Monografia apresentada no Curso de Especialização em Processo Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia - Minas Gerais.

(1) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, versão de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, 2ª reimpressão, Temis, Bogotá; De Palma-Buenos Aires, 1983, v. 1.

Instado a intervir em conflito de interesse alheio, o Estado exerce a sua função de soberania constitucional por meio da jurisdição, que é a função pela qual o Poder Judiciário, detentor do monopólio de aplicação da justiça, adapta ao caso concreto o direito inserido, previamente, no modelo abstrato, construindo para observância e sujeição geral. A *jurisdictio* compreende, num primeiro plano, o conhecimento do conflito de interesse denunciado, cuja pretensão do autor se reveste de resistência por parte do réu, em detrimento do ordenamento jurídico, e a declaração do Direito que rege a espécie, aliada à condenação de sujeição de vontade do Direito, que em última análise é a concretização da justiça, via do **processo de conhecimento**, recalculando o obrigado ao cumprimento do *decisum*, é novamente provocado o órgão judicial, pela informação do interessado da resistência do perdedor, e aqui atua o juiz em substituição das partes para a realização coativa daquela situação definitivamente acertada, por intermédio do **processo de execução**. Pode ocorrer que a atuação jurisdicional, tanto num como noutro processo, venha a ser prejudicada pelo decurso do tempo ou por ato de uma das partes, antes ou durante o procedimento, surgindo daí a necessidade de uma nova provocação do juízo a resguardar a eficácia do objetivo judicial específico, para que vingue a apreciação no processo principal, o que se dá pelo **processo cautelar**.

Como se verifica, o Poder Judiciário é um órgão neutro, equidistante dos interesses das partes, mas pronto para agir, sempre que a sua intervenção for solicitada, quando não houver solução da desinteligência de forma fisiológica, como aliás se espera, ou seja, por ato de composição dos interessados. Atuando somente quando for convocado, a função jurisdicional deve se amoldar nos limites do conflito de interesse entre as partes e o direito a elas inerente no processo instaurado. Contudo, não significa que direito de terceiro não possa ser atingido pela atuação estatal, ensejando assim a intervenção alheia para defender em processo de outrem, interesse próprio, como, *v.g.*, na **oposição** em que se admite terceiro no processo para defender contra o autor e o réu o bem por eles disputado; ou na **nomeação à autoria**, quando o detentor da coisa alheia é demandado em nome próprio, que deve indicar aquele a que legitimamente interessa o conflito, porque titular do bem em disputa; ou no caso de **denúnciação da lide**, para preservar à parte, autor ou réu, o direito de reparação da perda processual que sofrer, ou da condenação que suportar, por culpa de terceiro; finalmente, naquele caso de **chamamento ao processo**, para reunir num só *decisum*, juntamente com o réu que está sozinho, todos os coobrigados num título judicial, em favor daquele que satisfizer a dívida por inteiro.

Na **intervenção de terceiro**, como visto, o cerceamento ou ameaça de cerceamento de bem ou interesse alheio se dá por ato das partes. Há casos, entretanto, em que o ato judicial dispõe efetivamente, por constrição, de bem de terceiros estranhos à lide, recomendando para reparação o manejo dos **embargos de terceiro**, tema objeto deste estudo.

2. INTERDITOS POSSESSÓRIOS E EMBARGOS DE TERCEIRO.

A posse é o mais eloquente ato de exercício da propriedade, já pela sua utilidade econômica, quer pela exteriorização dos atos de atos de apreensão, de tal forma que merece a tutela urgente do Estado, em homenagem ao domínio, mesmo contra o proprietário, facultando procedimento célere, ao fim de recompor, mesmo que provisoriamente, o direito possessório esbulhado, turbado ou simplesmente ameaçado, via dos **interditos possessórios**, com antecipação liminar, se o fato litigioso da posse se deu há menos de ano e dia.

O objeto da posse é liminarmente restituído, mantido ou preservado ao autor, via de constrição judicial materializada em mandado de reintegração, manutenção ou proibição.

No caso de concessão liminar em possessória, cabe perfeitamente a **ação de embargos de terceiro** àquele que não foi parte no processo e, pelo ato da constrição judicial, sofreu turbção ou esbulho, total ou parcial, na posse de seus bens. Atingido na sua posse mediante ordem judicial em procedimento célere, do qual não participou, o terceiro necessita da mesma celeridade para ver restaurado o seu direito maculado, não por ato das partes, mas pelo exercício público do órgão jurisdicional, via dos embargos de terceiro, visando o afastamento total ou parcial da constrição judicial.

Embargado aqui é aquele que se beneficiou com o ato judicial impugnado. Verificada a estreita conexão entre a ação de embargos de terceiro e a ação principal possessória, recomenda-se o apensamento dos autos por economia processual, se antes não se der pela suspensão do processo principal. Julgados improcedentes os embargos, a demanda prossegue entre as partes da ação possessória. Procedentes os embargos de terceiro, o autor da possessória, que é o embargado, é sucumbente em ambos os processos: a) pagará as custas e honorários advocatícios do embargante vencedor; b) é carecedor da ação de interdito possessório, já que o réu foi parte ilegítima, dês que efetivamente a posse estava com o embargante. A hipótese, naturalmente, é no caso de embargos do total do bem constritado. Quando se tratar de embargos de liminar que ultrapassou os limites do litígio possessório, indo atingir bem de terceiro, a procedência ou improcedência dos embargos não obsta o prosseguimento da possessória nos limites da demanda colocada na petição inicial.

Não se acolhem embargos de terceiro em ação possessória onde não foi deferida liminar, justamente por inexistência de ato judicial constritivo de posse. Havendo disputa processual de posse que interesse a terceiro, o seu remédio jurídico é, naturalmente, a **oposição** - arts. 56 a 61 do Cód. Proc. Civil, dirigida contra o autor e o réu, alegando que nenhum dos dois tem a posse, que é do opoente.

SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO E EMBARGOS DE TERCEIRO

Na prestação jurisdicional, o Estado-Juiz, via *due process of law*, substitui as partes e faz valer, no concreto, o abstrato modelo legal. A sentença transitada em julgado, a par de sua própria natureza, considera-se no campo material ato jurídico perfeito e acabado, amparado pela Constituição da República - art. 5º, inc. XXXVI, mas a sua eficácia se opera somente nos limites das questões decididas, com reflexo entre as partes às quais foi dada, não beneficiando e nem prejudicando terceiros. O título judicial nesta linha de raciocínio, como ato jurídico representativo de um direito e obrigações materiais, cujo adimplemento pode ser alcançado espontaneamente ou por força coercitiva do Estado-Juiz, via do processo de execução, não pode mais ser considerado ato de constrição judicial, mas ato jurídico a que interessam as partes, que se atribui certeza, liquidez e exigibilidade em face do devedor. É por isso que, transitada em julgado a sentença, não mais se admitem embargos de terceiro para se obstar a entrega da coisa, especialmente naqueles provimentos auto-exeqüíveis, como a sentença nos interditos. Se o terceiro não foi parte no processo de conhecimento e está sofrendo os efeitos da decisão imutável, ele simplesmente é parte ilegítima no pólo passivo, ressaltado o caso de sucessor do devedor, como adquirente ou cessionário - art. 42, § 3º, do Cód. Proc. Civil, e nas sentenças auto-exeqüíveis, como nas possessórias e locatícias, pode se defender via da **oposição** (2). No processo de execução, havendo depósito da coisa, perfeitamente cabíveis os embargos de terceiro, porque se trata não só de diferente procedimento, mas também porque é outro processo, mesmo tramitando no bojo dos mesmos autos do processo de conhecimento. Sendo parte ilegítima no pólo passivo, porque não integrou o processo de conhecimento, e sofrendo a execução, basta ingressar nos autos para arredar da relação processual executiva, por se tratar de condições da ação, em que o juiz está mesmo autorizado a conhecer até de ofício.

3. OBJETO E NATUREZA DOS EMBARGOS DE TERCEIRO.

4. CONCEITO DE APREENSÃO JUDICIAL

Os embargos de terceiro são relação autônoma entre o terceiro embargante e o embargado, que é uma das partes, ou ambas as partes no processo principal, beneficiadas com o ato judicial constritivo do direito da pessoa alheia àquele processo.

A ação do terceiro tem por finalidade arredar da constrição judicial bem seu, atingido por força de ato judicial em processo de que não faz parte. A decisão nos embargos de terceiro nunca pode atingir a relação anterior das par-

(2) HUMBERTO THEODORO JR., in *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, Forense, 1989, p. 126: "A propósito, observe-se que, diante dos limites subjetivos da *res judicata* (art. 472), nem mesmo o trânsito em julgado da decisão da causa principal, transcorrida sem a oposição, é empecilho a que o terceiro, que não figurou na relação processual, intente ação comum contra a parte vencedora para recuperar a posse do bem que a sentença lhe conferiu".

tes no processo principal. Assim, *v.g.*, afastada da penhora o bem de terceiro, por força dos embargos opostos, a relação entre exeqüente e executado perdura indene.

Nos embargos de terceiro não se cria e nem se modifica direito. Conhece-se de determinada situação jurídica, que fixa o nexo de interdependência entre o bem constribuído e o terceiro, de tal forma a identificar a relação no processo principal como *res inter alios*, que não interessa ao embargante e nem sujeita o seu patrimônio.

Mesmo que aparentemente o terceiro não integre a relação jurídico-processual no processo de execução, por exemplo, onde se determinou a penhora ou o arresto, **improcedem os embargos opostos**, para a defesa de posse, que por sua natureza responde pela obrigação do devedor, ainda que esteja sob o domínio e posse do terceiro, como, *v.g.*, do imóvel alienado pelo devedor a terceiro, objeto de disputa judicial que deu ao credor ganho de causa, determinando seja-lhe entregue; ou no caso de bens de sócios, pelas divisas da sociedade insolvente, na proporção de sua participação no capital (artigos, 1.395, 1396 e 1.407 do Código Civil e 134, inciso VII, do Código Tributário Nacional); ou no caso de bem do devedor encontrado em poder de terceiro; ou no caso de bens do cônjuge do devedor quando a dívida for contraída em benefício do casal ou resultar de obrigação tributária; ou quando o bem foi alienado ou gravado com ônus real em fraude à execução.

A sentença que defere embargos de terceiro é auto-exeqüível, de natureza mandamental. Deferido ou não o pedido nos embargos, a relação entre devedor e credor prossegue nos autos principais. É a lei, quando dispõe sobre o caducidade e objetivo dos embargos de terceiro, que conceitua o ato de apreensão judicial. Visam os embargos **garantir a posse** de quem não foi apreensão judicial. Visam a sofrer turbação ou esbulho por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, valendo do remédio jurídico para a restituição ou manutenção. O elenco não é exaustivo, mas exemplificativo, - **nos casos como o de -**, que poderia ser **como por exemplo nos casos como o de penhora, etc.** - art. 1.046 do Código de Processo Civil.

A apreensão considerada judicial a ensejar a ação para embargos de terceiro enquanto tramitar o processo principal; vale dizer que, após o trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento, ou após a assinatura da carta de arrematação, adjudicação ou remição no processo de execução e no processo cautelar após o trânsito em julgado da sentença no processo principal não se fala mais em ato de constrição judicial, mas simplesmente em ato jurídico perfeito, como qualquer outro, produzido pelo Estado-Juiz em substituição das partes com reflexo entre os interessados, como se por eles praticados espontaneamente. THEOTÔNIO NEGRÃO no seu **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, edição 20ª, traz anotações ao art. 1.048 de julgados admitindo embargos de terceiro, mesmo após o trânsito em julgado da sentença isto após citar acórdão negatório:

"Concedida manutenção ou reintegração liminar de posse e convertida esta em definitiva pela sentença final transitando esta em julgado, já não cabem embargos de terceiro (RT, 512/126, 591/152; JTA, 94/180).

Contra, admitindo os embargos de terceiro mesmo depois do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento: (RT, 496/150, 539/126, reintegração de posse em que não houve concessão de liminar. Obra citada, p.452).

5. OPÇÃO PARA SE EVITAREM EMBARGOS DE TERCEIRO

Crítérios deontológicos para se evitarem embargos de terceiro

Como os embargos de terceiro visam corrigir ato judicial danoso à posse de terceiro estranho ao processo, convém que o juiz adote medidas e providências, não para impedir o ajuizamento de embargos, mas para evitar que o ato judicial, filosoficamente destinado ao equilíbrio entre as partes, buscando o ideal de justiça, seja o primeiro a gerar conflitos, atingindo quem jamais imaginou ter de procurar amparo judicial, com sérios e lamentáveis prejuízos, para o terceiro, econômicos e de tempo, sem contar o prejuízo para o processo, cuja tramitação pode vir a ser sobrestada, causando mais inquietação. É compreensível a coincidência de desejos de particulares sobre o mesmo bem, resultando daí um conflito de interesses, resistido, a ser deslindado pelo órgão judicial. No entanto, é no mínimo paradoxal que o mesmo órgão possa concorrer para que surjam conflitos, com inquietação para o proprietário e posseiro ou simplesmente posseiro, já que é predestinado à incolumidade do modelo jurídico abstrato de sujeição geral e manutenção da paz social.

Diligências do juiz às partes, ao oficial de justiça ou ao escrivão.

Recomenda-se ao juiz, portanto, cuidados como no mínimo o de exigir a prova de propriedade de certos bens móveis, penhorados ao devedor, não obstante a tradição que resulta na presunção de propriedade, especialmente quando tais bens dependam de registro em órgão oficial, como no caso de veículos, ou no caso de imóveis, além de certidão de propriedade do cartório do registro de imóveis, com data atualizada, também certidão negativa de ônus reais - artigo 656, parágrafo único, do Cód. Proc. Civil; permissivo do art. 262 do Cód. Proc. Civil - ônus que incumbe ao executado se a oferta foi sua, ou ao exeqüente se a penhora se efetivou por obra do oficial de justiça.

Por força do artigo 225 da Lei nº 6.015, de 31/12/73, o auto ou termo de apreensão de bem judicial, ou as declarações em arrolamento e inventário devem conter com precisão os característicos, as confrontações e localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e ainda, quando se

tratar só de terreno, se este fica do lado par ou ímpar do logradouro, em que quadra, e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo-se dos interessados certidão do registro imobiliário, com data atualizada.

A individuação deve ser observada na petição inicial, no processo de conhecimento ou cautelar, para assegurar a certeza do título judicial emergente na sentença final, de tal forma a resguardar direito de terceiro, por ocasião do depósito, na fase de execução do julgado. É que, se o depósito for além do julgado, pode atingir terceiro e até as mesmas partes no processo de onde emanou o título, naquilo que excedeu.

Incumbindo ao exeqüente preservar a meação do cônjuge do executado, se for o caso, deve pleitear na petição inicial, o que deve ser observado pelo oficial de justiça, fazendo constar do seu auto a reserva da metade do bem ao condômino legal. Incumbe também ao exeqüente, na primeira oportunidade que manifestar ou for chamado a manifestar nos autos, esforçar para arrear da execução a meação daquele cujos bens não respondem pela dívida exeqüenda. Havendo pedido do exeqüente para se observar a meação do cônjuge do devedor, mas que o oficial de justiça não observou, o juiz pode, de ofício, determinar o conserto do auto, excluindo a parte do cônjuge, o que na verdade não significa propriamente agir de ofício, mas deferir o suplicado pelo exeqüente.

6. PARTES PROCESSUAIS. LEGITIMIDADE ATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA. 7. A QUESTÃO DA SUCUMBÊNCIA.

Pode opor embargos de terceiro quem não for parte no processo onde se verificou a apreensão judicial que lhe atingiu a posse.

Não se nega que a causa primeira dos embargos de terceiro é proteger a posse, como nos interditos. Nestes, a proteção é por causa de ato de apreensão ilegal ou perturbação por parte de particular. Nos embargos de terceiro, a proteção é pelos mesmos atos, agora praticado por ato oficial do órgão judicial, que fez operar constrição judicial em bem de pessoa estranha ao processo.

Há quem entenda que o cônjuge do devedor, intimado da penhora, possa opor embargos à execução, porque teria se tornado litisconsorte do executado, e que possa ainda opor embargos de terceiro para defender, excluir da penhora bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação. Na primeira hipótese não se pode falar em litisconsorte porque o cônjuge do executado não figura no título como devedor e a intimação não colhe o mesmo efeito da citação. Embora endossada por respeitáveis opiniões doutrinárias, não sendo parte no processo principal por não figurar no título, o cônjuge do devedor intimado não tem legitimidade para embargar a execução. Não se pode confundir a responsabilidade patrimonial pelo cumprimento de obrigações contraídas pelo devedor - art. 592 do CPC, com a responsabilidade de terceiros, coobrigados solidários. No primeiro caso, em que os bens responsáveis pela obrigação

estão em poder do terceiro, este não é o devedor e nem a ação é a ele dirigida. Os bens que estão em seu poder e que registram nexos com a obrigação do executado, estes sim, respondem pela dívida, quando acomodados ao modelo do artigo 592, que os sujeita à execução, não se acolhendo aqui embargos de terceiro, porque resultam improcedentes. Na última hipótese, do terceiro coobrigado solidário, este é o próprio devedor, figurando no título, contra quem é dirigida a execução, como, *v.g.*, responsabilidade tributária dos pais, tutores, curadores, pelos tributos devidos pelos seus filhos menores, tutelados ou curatelados, nos atos que intervierem ou omitirem - inteligência do art. 134 do Código Tributário Nacional.

O objeto dos embargos do devedor centra na desconstituição do título ou impedimento da execução, enquanto nos embargos de terceiro se procura liberar o bem constricto.

Ao cônjuge intimado portanto, interessa a liberação do bem e o *remedium iuris* são os embargos de terceiro.

O credor com garantia real tem legitimidade para os embargos de terceiro, não pelo fato de sua posse indireta, mas para assegurar o seu crédito privilegiado. É que, intimado o credor privilegiado, pode ele simplesmente habilitar para ser pago em primeiro lugar, pela força do seu título. Não lhe convindo a alienação antecipada, pode opor embargos de terceiro. Se intimado não tomar qualquer dessas providências e o bem for alienado, perde a garantia - art. 849, inciso III, do Código Civil, c/c o artigo 808, § 1º, do mesmo codex.

Mesmo figurando no processo, tem legitimidade para embargos de terceiro a parte que defender bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. Aqui a defesa tanto pode ser via de embargos do devedor, na execução fundada em sentença, ao fundamento de excesso de execução - art. 743, II, do CPC -, ou pelos embargos de terceiro, já que o bem não responde pela execução, como, *v.g.*, o vencido na ação principal para entregar o bem *x* e a execução se faz no bem *y*. Assim, o executado que teve a sua residência penhorada em execução anterior a 29 de março de 1990 e que ainda não foi objeto de alienação pública tem ação de embargos de terceiro para liberá-la - inteligência da Lei nº 8.009, de 29/03/90. Do ato jurídico processual deve decorrer efeito, como o da penhora decorre a alienação pública para pagamento do credor. Ora, embora feita a penhora sob o pálio da lei antiga, sob a orientação da lei nova o bem é inalienável ao fim pretendido no processo, porque o que é impenhorável é, por consequência, inalienável no processo de execução, donde até mesmo de ofício pode o juiz afastar a constrição, porque a proibição é de ordem pública - *tempus regit actum*.

Da mesma forma que o proprietário sem posse não faz juz à ação dos interditos, também o proprietário na mesma condição é carente da ação de embargos de terceiro, que, ao que se sabe, busca proteger a posse do proprietário que a tem, ou o simplesmente possuidor. Como nos interditos possessórios, também nos embargos de terceiro a proteção é precária, porque

pode perfeitamente se ajustar no procedimento próprio, na via do petitório. Os embargos de terceiro não são lugar próprio para discussão de conflito de títulos dominiais, justamente porque a sentença não tem força para constituir ou desconstituir direitos, tais como anular ato jurídico e constituir outro. Se foi penhorado bem de terceiro, comprovado documentalmente, e que não está sujeito à execução, o terceiro prejudicado, por simples ingresso nos autos principais, demonstrado pelo terceiro prejudicado o nexo de interdependência entre o seu direito de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, pode o juiz obstar a penhora, porque a teor do artigo 656, parágrafo único, do CPC, em combinação com o artigo 225 da Lei de Registros Públicos, pré-requisito para admissão da penhora é a prova da propriedade. Da decisão que denega a pretensão do terceiro cabe agravo de instrumento, - inteligência do artigo 499 do CPC. Havendo conflito de títulos do devedor com o terceiro e interessando o credor a subsistência da penhora, esta será mantida, mas a circunstância será anotada no instrumento da penhora e amplo conhecimento deve ser dado nos editais para que os possíveis licitantes conheçam. É que o acerto do título não cabe no processo executivo.

Legitimação passiva. Sucumbência.

Embargado é o beneficiado pelo ato de constrição judicial. No processo de execução geralmente é o exequente, em cujo prol opera o processo. Contudo, pode o executado ser considerado embargado, quando foi sua a nomeação, aceita à revelia do exequente. Se a penhora se efetivou por força do ofício do Oficial de Justiça porque o executado não pagou ou não utilizou da prerrogativa da nomeação e o exequente ouviu concordou, este é o embargado. Se o executado fez a nomeação, aceita sem o conhecimento do exequente, aquele é o embargado. Indicado pelo pólo passivo como embargado para responder o credor, ambos poderão estar no pólo passivo como embargado para responder ao terceiro embargante. Via de regra, os embargos são movidos contra o exequente, em face da utilidade do processo executório em seu benefício. Todavia, a distinção deve ser feita por causa da sucumbência.

Opostos os embargos de terceiro contra o executado, especialmente no caso de exclusão da meaça do cônjuge do devedor alcançada pela penhora, defende o embargado alegando que não teve culpa, já que rogou na petição inicial que fossem afastados bens do cônjuge, fato não observado pelo Oficial de Justiça e a ação foi manejada antes mesmo de sua manifestação sobre a penhora. Procedentes os embargos, mas não responde o embargado inocente pelo ônus da sucumbência. Incumbia ao embargante no processo de execução a respeito da participação do exequente. Penso que o embargante arcará com as despesas do processo, com direito de ação para ressarcimento contra o Estado e este em regresso contra os agentes que deram causa.

Hipótese interessante é a colhida da lição de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS no seu **Comentário ao Código de Processo Civil**:

" no caso de penhora por exemplo, o credor pede apenas a execução. Ao devedor cumpre a nomeação de bens. Se não a fizer, o oficial de justiça fará a penhora. Digamos que os embargos sejam propostos antes de qualquer concordância do credor ou devedor com a penhora. Até então o ato fica completamente alheio à atividade das partes. Neste caso, tanto credor como devedor poderão reconhecer a procedência do pedido, sem opor nenhuma contestação. Seria justa a condenação em custas? - Pergunta o emérito mestre da Escola do Triângulo Mineiro e em seguida dá a solução: Parece que não, pois nada se lhes pode atribuir, ao Estado caberá a responsabilidade, com direito de regresso contra os responsáveis pelo erro. Responsabilidade extra processo, porém, pois o Estado não é parte no feito."

A indagação a respeito da doura colocação é quanto à ausência de contestação, pois que é sabido que há a presunção de aceitação pelo requerido como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente - artigo 803 por remissão do artigo 1.503 do Cód. Proc. Civil. Mesmo na hipótese aventada pelo Professor ERNANE FIDÉLIS, penso que não havendo contestação o embargado responde pelas despesas do processo.

Terceiro adquirente de coisa litigiosa.

Carência da ação de embargos.

Considera-se litigiosa a coisa com a citação válida - art. 219 do Cód. Proc. Civil. O adquirente cauteloso deve, antes de encetar o negócio, cientificar, via de certidões do Cartório de Distribuição do lugar, a negativa de ação que revela a litigiosidade da coisa. Os efeitos da sentença atingem o adquirente da coisa litigiosa, art. 42, § 3º, do Código de Processo Civil. Considerado parte no processo principal, o adquirente de coisa litigiosa não tem ação de embargos de terceiro contra o portador do título judicial.

Se a coisa não era litigiosa ao tempo da aquisição e o terceiro não participou do processo, transitada em julgado a sentença, e na fase de execução, por ele opor embargos de terceiro ao tempo do depósito da coisa, ou da expedição do mandado para fazê-lo, visando garantir a execução. O que não se admite são os embargos de terceiro contra o título judicial que não caracterize apreensão do juízo. O título judicial que possa atingir terceiro estranho ao processo que o originou, pode desconstituí-lo na via própria de uma ação para declaração de nulidade⁽³⁾.

(3) - THEOTÔNIO NEGRÃO: "Em rigor não é cabível a rescisória, mas a ação declaratória de nulidade, no caso de falta ou nulidade de citação. (RTJ, 107/778. No mesmo sentido RTJ, 110/210, STF-RAMPR, 44/131, RT, 636/69. Contra, sustentando fundamentadamente o cabimento da Rescisória (RDBP, 49/160) nota nº 485:28 in Cód. Proc. Civil e Legislação Proc. em Vigor, 20ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

8. COMPETÊNCIA. Juiz Deprecante. Juiz Deprecado. Competência Originária do Tribunal. Competência da Justiça Federal.

Competente para apreciar e julgar os embargos de terceiro é o juiz que ordenou a apreensão - inteligência do artigo 1.049 do Código de Processo Civil. São admitidos embargos de terceiro no seqüestro decretado no juízo criminal, como medida cautelar penal, que se orienta pelo procedimento cível. O juízo competente, por força da disposição do artigo 1.049 do CPC, é o que decretou o seqüestro, é o juízo criminal, *data venia* de respeitáveis opiniões em contrário que entendem ser o juízo cível competente⁽⁴⁾. Como vimos, o elenco do artigo 1.046 do CPC é simplesmente enunciativo, para exemplificar a apreensão judicial, ato pelo qual se traz a coisa à proteção do juízo, como a penhora e o depósito sem o que não tramita regularmente o processo de execução; ou como o arresto para assegurar a futura execução, convertendo-se em penhora ou depósito na execução por quantia certa ou depósito na execução para entrega de coisa; ou de seqüestro no modelo dos artigos 822 do CPC e 126 do Código de Processo Penal; ou na alienação de bens sob a guarda do juízo - art. 1.113; ou na arrecadação de bens de herança jacente, de ausente, de coisa vaga, de bens do falido, de bens do devedor, etc., Código de Processo Civil - arts. 1.142 a 1.158, 1.170 e seguintes, 766, inciso I e Lei de Falência - artigos 70 e 75; ou, finalmente, no arrolamento e inventário para efeito da partilha. Em qualquer desses casos, competente para apreciar e julgar os embargos de terceiro é o juízo que determinou a constrição.

Competência do Juízo Deprecado.

Competência originária do Tribunal.

O Juízo deprecado é o competente para apreciar e julgar os embargos de terceiro, quando o ato de apreensão foi por ele determinado. Entretanto, se o bem objeto da constrição foi indicado pelo Juízo deprecante, este, pois, é o competente. Na mesma linha de raciocínio, o juízo onde se cumpre carta de ordem é incompetente para embargos de terceiro, quando a apreensão for determinada, com especificidade, pelo relator ou tribunal no caso de liminar, estendendo a causa principal em grau de recurso ou no caso de liminar concedida em processo cautelar para resguardar ação rescisória, embora difícil de acontecer na prática. Quando a lei menciona juiz, quer significar tanto o juízo singular quanto o juízo colegiado.

Deslocamento da Competência para a Justiça Federal

Cumprindo carta precatória da Justiça Federal, o juiz estadual é incompetente, mesmo que o ato de constrição tenha sido por ele determinado, para

(4) - ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, in Processo Penal Cautelar, Editora Forense.

decidir os embargos de terceiro - art. 109 da Constituição Federal. A competência, portanto, é do Juízo Federal deprecante.

Se a União, entidade autárquica ou empresa pública federal opuser embargos de terceiro perante juiz estadual, a competência se desloca para a Justiça Federal, hipótese em que até a competência para conhecer do processo principal passa àquela especializada. Não é o mesmo caso se a empresa pública apenas ingressa para alegar a sua qualidade de credora hipotecária, habilitando-se ao produto, dês não é autora, ré, nem assistente ou oponente - THEOTÔNIO, nota 1.049:4, 20^a ed.

Momentos e prazos para o ajuizamento dos embargos de terceiro.

A ação de embargos de terceiro pode ser aforada a qualquer tempo no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença. No processo de execução os embargos podem ser opostos até cinco dias depois da arrematação, da adjudicação, ou da remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

O terceiro embargante por ser estranho ao processo de execução, como no processo de conhecimento, só tem ciência da necessidade do remédio jurídico, quando sobre a intervenção fática em seu direito, como, *v.g.*, quando se vê despojado do bem de que tenha posse. Ora, uma situação desta pode perfeitamente ocorrer além do quinqüidécimo no processo de execução, cujo ato judicial nunca foi do seu conhecimento e nem era dever seu estar constantemente no fórum, ou a examinar as colunas dos órgãos judiciais à procura de edital, onde possivelmente um bem de sua posse esteja sendo oferecido à alienação pública. O terceiro por ser estranho ao processo não tem interesse na arrematação, na adjudicação ou na remição, porque não lhe prejudica. O que prejudica o terceiro é o injusto ingresso ou ameaça de ingresso na sua posse, que é um fato jurídico que lhe prejudica, efeito de uma ato jurídico processual de que não participou, portanto não lhe pode atribuir ônus processual com efeito preclusivo ou decadencial. Se o terceiro não participou dos atos judiciais no processo executivo, como descreve o artigo 1.048, última hipótese do CPC, o prazo quinquenal para os seus embargos seria mais justo que começasse a fluir a partir de quando tivesse ele ciência da perda ou ameaça de perda da posse. O contrário seria, a meu ver, negar-lhe a jurisdição. Agora, se se trata de credor hipotecário ou com outra garantia real, intimado da penhora, seu prazo para oposição de embargos é contado a partir da arrematação, adjudicação ou remição, porque estes atos judiciais são, na verdade, o objeto de seus embargos, *ex vi legis* - **obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese**, havendo outros bens do devedor comum desembaraçados. O tema é conflitante na jurisprudência. Idêntica à situação do credor com garantia real é a do cônjuge do devedor intimado da penhora, em relação ao momento da impetração dos embargos para defesa

de sua meação. THEOTÔNIO NEGRÃO anota divergência jurisprudencial:

"Se os embargos de terceiro são opostos contra imissão de posse subsequente à arrematação, o prazo de cinco dias não se conta desta (RT, 488/123 - maioria), mas da ordem judicial ou da consumação da imissão. (Bol.AASP 908/58); e isto porque o embargante não se insurge contra a arrematação, que não o prejudica, e sim contra a imissão de posse (RT, 560/131, em.)"

Contra: "entendendo que o prazo para embargos se conta da arrematação, sendo irrelevante, inclusive, a data de expedição da carta: JTA, 94/339; entendendo que com a expedição da carta de arrematação cessa a possibilidade de serem opostos embargos de terceiro: RT, 617/130 (Obra citada, nota 1.048:3).

9. PROCEDIMENTO

Petição inicial - requisitos. Prova sumária da posse e da qualidade de herdeiro. Indeferimento liminar.

Segundo a moderna classificação das ações, a cuja nomenclatura adere o processo, temos o processo de conhecimento, processo de execução e o processo cautelar. Cada instituto obedece a ritual próprio para atingir o seu desiderato. Aqui nos interessa o processo de conhecimento para efeito didático do tema que dissertamos. O processo de conhecimento se materializa no procedimento que se denomina **comum**. O procedimento comum se subdivide em **procedimento ordinário, procedimento sumaríssimo e procedimentos especiais**. Estes últimos são qualificados de jurisdição contenciosa e voluntária. O tema de nossa dissertação está nos **procedimentos especiais de jurisdição contenciosa**. Procedimento, pois, é a sucessão de atos predeterminados pela lei para atender ao processo. O processo é entidade abstrata que se materializa na figura objetiva do procedimento, com a petição inicial, os atos do juiz, das partes, dos serventuários da Justiça e encerra com a sentença que põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito.

Ao lado do procedimento comum, visando melhor atender às disposições do Direito em prol da sociedade, partindo do interesse individual, - na lição de UGO ROCCO -, surgem os chamados procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, voluntária ou graciosa. A chamada jurisdição voluntária ou graciosa, segundo a melhor doutrina, não guarda caracteres de jurisdição, por falta de lide - EDSON PRATA.

No procedimento especial de jurisdição contenciosa a especialidade se revela numa primeira fase e daí para frente segue o procedimento ordinário, como, *v.g.*, nos procedimentos dos interditos possessórios de força nova, de

nunciação de obra nova, usucapião de terras particulares, etc., ou todo o procedimento é especial, como no tema objeto desta dissertação - **embargos de terceiro**.

A ação de embargos de terceiro instaurada pela petição inicial e documentos que a instruem é distribuída por dependência, mas autuada em apartado. Onde houver mais de um juiz igualmente competente, a dependência é para aquele em cuja vara tramita o processo principal e onde foi ordenada a constrição. Havendo um só juiz e mais de uma serventia, a dependência é para a serventia por onde tramita o processo principal.

Ao despachar a petição inicial o juiz examina os pressupostos processuais e as condições da ação, além da condição especial de procedibilidade de tramitação do processo, deferindo ou indeferindo liminarmente os embargos.

Deferindo liminarmente os embargos com a prova trazida com a petição inicial ou colhida em audiência prévia de justificação, determina-se a citação do embargado. Vale dizer que, exceto nos embargos, onde o cônjuge do devedor defende a sua meação ou do credor com garantia real, o deferimento liminar dos embargos é condição de procedibilidade. O próprio Direito Processual Positivo orienta neste sentido: "julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição do mandado de manutenção ou restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução, de os devolver com seus rendimentos, caso sejam a final declarados improcedentes" - CPC, art. 1.051.

Citado, o embargado tem o prazo de dez dias para contestar. Não havendo contestação o juiz decide em cinco (5) dias. Contestados os embargos e havendo necessidade de produção de prova em audiência, realizar-se-á esta seguindo a sentença. Da decisão que indefere liminarmente os embargos cabe o recurso de apelação, porque extingue o processo, já na angulação (autor-juiz). Indeferido liminarmente, o embargado só tomará conhecimento se o embargante contestar - artigo 296 do Cód. Proc. Civil. Diferentemente do que entende o Professor ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1978, v. 6, p.512, nº 384, deferido liminarmente os embargos, citado o embargado, pode ele opor recurso de agravo de instrumento no prazo de cinco dias, sem prejuízo de sua contestação no decêndio legal. Embora o objetivo dos embargos seja atacar ato judicial injusto e ofensivo a direito do embargante, evidente que o seu acolhimento reflete/pode refletir no direito processual das partes no processo principal.

A petição inicial elaborada de acordo com o artigo 282 do Código de processo Civil deve indicar:

- a) - O juiz ou tribunal a que é dirigida;
- b) - Os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do embargante e embargado;
- c) - O fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

d) - O pedido com suas especificações;

e) - O valor da causa;

f) - As provas com que o embargante pretende demonstrar a verdade dos fatos e

g) - O requerimento para citação do embargado.

Como já visto, o juiz competente é aquele que ordenou o ato imputado injusto e danoso ao direito do embargante. Perante o juiz deprecado só se opõem embargos de terceiro se o ato impugnado foi determinado por ele. Caso contrário, a ação de embargos deve ser proposta perante o juiz deprecante que apontou o bem objeto da constrição. Ordenada a constrição, cujo bem foi indicado por juízo superior, cumprido por carta de ordem, é lá na instância superior de onde partir a ordem que os embargos devem ser propostos e não no juízo que cumpriu a ordem. Entretanto, se o ato construtivo é resultado de reforma de decisão de primeiro grau, evidente que este é o competente.

A União, autarquia ou empresa pública federal, opondo embargos de terceiro perante juiz estadual, o deslocamento para a justiça federal se impõe, não só dos embargos, mas inclusive do processo principal, por questão de ordem prática, onde pode inclusive haver a necessidade de sua suspensão. Prorroga-se por absoluta incompetência da justiça estadual, dès que o embargante é considerado autor - **art. 109, inciso I, da Constituição da República**. Prorrogada a competência para a causa principal que não o era antes, a justiça federal nela prossegue, com recurso para o Tribunal Regional Federal de sua circunscrição.

A qualificação das partes é importante, para o fim prático de se constatar se o embargante é ou não parte no processo principal. A causa de pedir é a apreensão injusta de bem de seu patrimônio, de que detém a posse para servir em processo alheio. O pedido é a liberação do bem objeto da constrição judicial. O valor da causa é justamente o do bem cuja liberação se pede.

Sob pena de indeferimento liminar, o embargante deve trazer com a inicial a prova sumária de sua posse e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas. Essa prova inicial, que é de procedibilidade, pode ser feita em audiência de justificação. O processo de embargos de terceiro é autônomo em relação ao processo principal, tanto assim que corre em apartado. Daí a necessidade de, instruindo a petição inicial, o embargante anexar a prova do ato construtivo, via de certidão do escrivão do processo ou fotocópia autenticada..

A tramitação regular do procedimento de embargos de terceiro começa com o despacho que os recebe, julga suficientemente provada a posse do embargante deferindo liminarmente os embargos, e, só após, ordena a citação do embargado. Assim, se o embargante não conseguir provar no início a sua qualidade de terceiro e a sua posse, com a petição inicial ou em audiência de justificação os embargos serão indeferidos liminarmente e o embargado só será citado se houver apelação do embargante - inteligência do artigo 1.051 do

Código de Processo Civil. O professor SÉRGIO SAHIONE FADEL, ao contrário do que leciona o Professor ERNANE FIDÉLIS, entende que o embargado deve ser citado para a audiência de justificação de posse, ao fundamento de que o deferimento liminar não é antecipação de mérito, mas cautelar, em face da possibilidade de existência do bom direito e do perigo iminente sobre ele. Ou, so, data venia, fazer a minha colocação divergente, porque não é o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que orientam o deferimento ou não dos embargos, mas a qualidade de terceiro atingido por ato judicial, turbado ou esbulhado na posse; é a posse do terceiro embargante, que, pela qualidade que a detém, não pode sujeitar ao constrangimento, sem que o embargante experimente um prejuízo. A respeito da desnecessidade de se formar a triangulação processual antes da apreciação liminar justifica o Prof. ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS na obra citada:

"do aspecto teleológico, explica-se a desnecessidade da formação completa da relação processual por quanto os embargos em última análise são a súplica contra o ato judicial injusto e ofensivo de direitos do particular. Daí ser perfeitamente explicável o interesse social em que o desfazimento do ato jurisdicional se faça de pronto e apenas na órbita de relação entre o Estado e o terceiro prejudicado. Que o contraditório venha depois, se assim pretenderem os interessados que julgarem lesados".

A liminar, portanto, é antecipação provisória do mérito, mas a entrega do bem está sujeita à cautelar de caução. Concedidos liminarmente os embargos, incumbe o embargante, para ser reintegrado ou mantido, promover o pedido cautelar de caução, nos moldes dos artigos 826 e seguintes do CPC, que será autuado em apenso, ensejando a citação do embargado, que aceitando o contraditório poderá arcar com o ônus de possível sucumbência. Não podendo o embargante oferecer caução o bem objeto dos embargos poderá ficar com o juízo, mediante depósito judicial.

Ao credor com garantia real basta a prova do contrato, registrado no Cartório do Registro Imobiliário, para autorizar o deferimento liminar. Quanto ao cônjuge do devedor que defende a sua meação, a certidão de casamento é imprescindível para se aferir o regime matrimonial e a certidão do CRI para se conhecerem os bens aqüestos, quando o regime for o parcial de bens.

Da citação do embargado

Deferidos liminarmente os embargos com base na prova trazida com a petição inicial ou produzida em audiência de justificação, o embargado será citado pessoalmente para contestar no prazo de dez (10) dias, embora doulas e respeitáveis opiniões em contrário, dentre elas a de THEOTÔNIO NEGRÃO, entendendo que a citação deve ser feita na pessoa do procurador do embargado. A lei não dispõe sobre a citação, se deve ser feita pessoalmente ao

embargado ou a seu advogado. No entanto, é princípio geral de direito que a citação será sempre feita na pessoa do réu, admitindo-se, no entanto, a citação ao procurador, se este exibir mandato com poderes específicos para tal mister, exegese do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 215 do Cód. Proc. Civil. De fato, a inaplicação do princípio geral da citação pessoal ao réu só ocorre quando expressamente autoriza a lei, como *verbi gratia*, na oposição, última parte do artigo 57, *caput*, do CPC; ou na reconvenção, não obstante a impropriedade do Código determinando intimação, porque se trata de ação no mesmo procedimento - art. 316 do CPC; ou na habilitação - art. 1.057, parágrafo único, do CPC. Irregular e inquina de nulidade a citação do embargado ao seu procurador, que não portar mandato com poderes específicos.

O prazo de dez dias para contestar começa a contar da juntada aos autos do último mandado cumprido - 241, II, observado o critério de contagem do prazo quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, quando o prazo para contestar é em dobro, coisa difícil de acontecer, porque geralmente os embargados no processo principal, especialmente de execução, já estão representados por comum procuradores.

Da suspensão do processo principal

Só há a necessidade de suspensão do processo principal se a tramitação simultânea resultar prejudicada, como *v.g.*, no processo de execução, na alienação judicial e na partilha. No processo de conhecimento acessorizado por constrição cautelar, não se cogita de sobrestamento. Sendo a disputa da totalidade dos bens, determina-se o sobrestamento do processo principal. Sendo apenas parcial a disputa, prossegue o processo quanto àqueles não embargados.

10. DA RESPOSTA

A única resposta que não se admite nos embargos de terceiro é a reconvenção: O embargado, no prazo de dez dias, respondendo à ação do embargante, pode arguir a exceção de incompetência relativa, a exceção de suspeição e impedimento e apresentar contestação.

A defesa nos embargos de terceiro tanto a indireta quanto a direta é ampla, segundo a situação concreta revelada. Agora, contra os embargos do credor com garantia real a defesa é tarifada, por que a lei limita os casos da arguição - art. 1.054. O embargado poderá alegar que o devedor comum é insolvente, que o título é nulo ou não obriga a terceiro, ou que o bem embargado não é objeto da garantia do embargante. A defesa fundada na insolvência do devedor comum deve vir instruída com a prova da sua declaração judicial. O título de insolvente só a inafastável jurisdição dá ao devedor, no

modelo albergado no Livro II - Do Processo de Execução, Título IV - Da Execução por quantia certa contra devedor insolvente, artigos 748 e seguintes do Código de Processo Civil. Ao fundamento de nulidade do título do embargante, pode o embargado alegar que o ato se deu em fraude de execução - art. 593. Na verdade, não se declara a nulidade do ato de alienação ou oneração praticado em fraude de execução, apenas o considera ineficaz em relação ao embargado, ao processo de execução, de tal sorte que a alienação pública daquele bem não obriga ao terceiro que o arremata. A relação jurídica permanece somente entre as partes da operação considerada fraudulenta. A fraude contra credores, por se tratar de anulabilidade, encontra acomodação própria na ação pauliana, por isto não pode ser discutida em defesa direta na contestação. Se o título do credor com garantia real não está averbado no Cartório do Registro de Imóveis, não tem força *erga omnes*, não obriga a terceiro. Se da comparação dos títulos se verifica que o bem embargado não é o mesmo do título do embargante, improcedem os embargos. Contra os embargos do cônjuge do devedor deve ser feita a prova de que a dívida contraída foi em benefício comum do casal, o que não configura, se a dívida é resultante de aval, exceto se o favor for prestado para empresa de que faz parte qualquer dos cônjuges. Nos embargos de terceiro opostos à execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por cotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação do seu cônjuge, - inteligência do artigo 137 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e artigo 135 do mesmo codex, porque se trata de responsabilidade pessoal do agente.

OBRAS CONSULTADAS

1. UGO ROCCO - **Tratado de Derecho Procesal Civil.**
2. ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS - **Comentários ao Código de Processo Civil - Forense.**
3. SÉRGIO SAHIONE FADEL - **Código de Processo Civil Comentado.**
4. DE PLÁCIDO E SILVA - **Vocabulário Jurídico.**
5. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA - **Comentários ao Código de Processo Civil**
6. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - **Código de Processo Civil Anotado.**
7. RUDOLF VON IHERING - **A Luta pelo Direito.**
8. THEOTÔNIO NEGRÃO - **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, Edit. Rev. Trib.
9. JORGE W. PEYRANO Y JULIO O. CHIAPPINI - **El Proceso Atípico** - Editora Universidad - Buenos Aires, 1985.
10. ALEXANDRE DE PAULA - **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência.**
11. HAMILTON DE MORAES E BARROS - **Comentários ao Código de Processo Civil.**

-:-:-