



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 3**

## **PROCESSO CIVIL**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 3*

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP  
PROCESSO CIVIL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello  
Elizabeth Nazar Carrazza  
Fábio Ulhoa Coelho  
Fernando Menezes de Almeida  
Guilherme Nucci  
José Manoel de Arruda Alvim  
Luiz Alberto David Araújo  
Luiz Edson Fachin  
Marco Antonio Marques da Silva  
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior  
Oswaldo Duek Marques  
Paulo de Barros Carvalho  
Raffaele De Giorgi  
Ronaldo Porto Macedo Júnior  
Roque Antonio Carrazza  
Rosa Maria de Andrade Nery  
Rui da Cunha Martins  
Tercio Sampaio Ferraz Junior  
Teresa Celina de Arruda Alvim  
Wagner Balera

**TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-85-60453-43-6**

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)

: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto - São Paulo:  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## EMBARGO DE TERCEIRO

*Rodrigo Mazzei*

*Tiago Figueiredo Gonçalves*

### INTRODUÇÃO

Os embargos de terceiro têm sua disciplina situada no Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.101/2015) em meio aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, mais especificamente entre os arts. 674 a 681 da codificação processual.<sup>1</sup> Nos dispositivos separados para sua regulamentação, versa-se sobre legitimidade ativa (art. 674), momento para seu ajuizamento (art. 675), competência (art. 676), petição inicial, citação, legitimidade passiva (art. 677), efeitos da decisão de procedência (arts. 678 e 681), defesa e seus limites (arts. 679 e 680).

Considerado o direito posto, com adminículos que os correlacionam a outros relevantes fenômenos no processo, e sem descurar da necessária abordagem crítica, constituem os embargos de terceiro o objeto central do presente texto.<sup>2</sup>

### SUMÁRIO

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| Introdução.....                 | 2 |
| 1. Conceito .....               | 4 |
| 2. Interesse processual.....    | 5 |
| 2.1. Embargos preventivos ..... | 6 |

---

<sup>1</sup> Os *procedimentos especiais* (a partir da relação direito material e direito processual e da reconfiguração de institutos processuais) faz parte da linha de pesquisa desenvolvida pelos autores, como membros do corpo docente do programa de pós-graduação (*stricto sensu* - mestrado) da UFES (Universidade Federal do Espírito Santo). No sentido, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil*, pp. 97-128.

<sup>2</sup> O tema (*embargos de terceiro*) foi objeto de ensaio anterior: GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Dos embargos de terceiro no novo CPC. *Novo CPC: Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Muitas das ideias lá lançadas estão aqui reproduzidas, naquilo que refletem a identidade de pensamento dos coautores.

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP**  
**PROCESSO CIVIL**

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 2.2.   | Prazo.....   | 7  |
| 2.2.1. | Declaração de fraude à execução e prazo para os embargos.....  | 8  |
| 2.2.2. | Ciência do terceiro e fluência do prazo .....  | 9  |
| 3.     | Legitimidade .....   | 11 |
| 3.1.   | Legitimidade ativa.....  | 12 |
| 3.1.1. | Promissário comprador.....   | 13 |
| 3.1.2. | Cônjuge ou companheiro para defesa de bem próprio ou de sua<br>meação .....  | 14 |
| 3.1.3. | O adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara<br>a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução.....  | 15 |
| 3.1.4. | Quem sofre constrição judicial de seus bens por força de<br>desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez<br>parte .....  | 17 |
| 3.1.5. | O credor com garantia real para obstar expropriação judicial do<br>objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos<br>termos legais dos atos expropriatórios respectivos ..... | 18 |
| 3.2.   | Direito tutelável nos embargos de terceiro e legitimidade ativa .....  | 21 |
| 3.3.   | Legitimidade passiva.....  | 23 |
| 4.     | Competência.....   | 25 |
| 4.1.   | Competência do tribunal .....  | 26 |
| 5.     | Procedimento.....  | 26 |
| 5.1.   | Petição inicial. Rol de testemunhas.....   | 26 |
| 5.2.   | Audiência de justificação. Citação do embargado .....  | 27 |
| 5.3.   | Embargo liminar. Tutela provisória .....   | 27 |
| 5.4.   | Citação do embargado. Prazo para contestação .....   | 28 |
| 5.5.   | Embargos oferecidos por credor com garantia real e contestação .....   | 28 |
| 5.6.   | Limitações na cognição .....   | 31 |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 5.7. Sentença e coisa julgada..... | 32 |
| Referências .....                  | 33 |

### **1. CONCEITO**

O processo jurisdicional é método de criação de norma jurídica. Estabelecida situação de conflito (ou configurado o risco de que venha a ocorrer), para cuja solução um dos sujeitos nela envolvidos reputa conveniente ou necessária a invocação da tutela jurisdicional, o que o conduz, por conseguinte, à iniciativa de fazê-lo mediante o exercício da ação processual, tem-se por constituída a relação jurídica processual, cuja formação é aperfeiçoada mediante ato de comunicação do sujeito contra quem é a demanda proposta.

Sem prejuízo de levar as partes, através de postura proativa, a encontrarem por elas próprias e consensualmente a solução do conflito (arts. 3º, § 3º, e 139, V, do CPC/15), o órgão jurisdicional, em substituição ao agir violento dos sujeitos interessados (que é de modo geral vedado pelo Estado), atua no processo de maneira a impor solução construída para o conflito, mediante ato de poder, vinculando-as em caráter imutável e indiscutível ao que decidido, sem afetar ou prejudicar terceiros. A *res in iudicium deducta* se torna *res iudicata*, a qual, de sua feita, não tem o condão de prejudicar terceiro (*res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*).

Não obstante os efeitos da decisão jurisdicional se circunscrevam comumente à esfera jurídica das partes, é possível acontecer de afetarem relação jurídica de terceiro, que em alguma medida ou modo possui elo de vinculação com aquela relação objeto do processo. A estes terceiros o sistema disponibiliza instrumentos jurídicos que lhes permitem intervir no processo objetivando influenciar no seu resultado final, de modo que a decisão judicial confira tutela jurisdicional adequada aos interesses por eles defendidos.

Não se pode, ademais, perder de vista a possibilidade de, em um cenário de anormalidade, o pronunciamento do órgão jurisdicional com força constitutiva atingir a esfera jurídica de terceiro estranho ao processo (ou de uma das partes, porém sobre esfera de seu patrimônio que a rigor escaparia da responsabilidade patrimonial), que não possui qualquer interesse jurídico relacionado à questão posta em juízo, o que, por conseguinte,

por qualquer ângulo de análise, deslegitima a medida adotada.

A este terceiro, que além de estranho ao processo não se encontra diante de posição jurídica que em alguma medida justifique sua intervenção na relação processual para integrá-la e com isso buscar influenciar o resultado final, mas que, a despeito disto, vê-se afetado em sua esfera jurídica (ou se encontra na iminência de sê-lo) por ato jurisdicional constrictivo de seu patrimônio, o ordenamento jurídico confere a possibilidade de embargar como terceiro.

Assim, àquele que por força de decisão judicial proferida em processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou processo de execução<sup>3</sup> sofre ameaça ou tem efetivada turbação ou esbulho sobre bem seu não sujeito à execução, o sistema disponibiliza a ação de embargos de terceiro, a qual é voltada à obtenção de tutela que iniba ou que desfaça o ato indevido de apreensão judicial. A pretensão do embargante é voltada a fazer cessar a eficácia de ato praticado pelo Estado no exercício da jurisdição; de ato, portanto, praticado no curso de processo jurisdicional.

Diz-se então que os embargos de terceiro constituem demanda à disposição daquele que, não sendo responsável patrimonial, ou possuindo bem específico que escapa a esta responsabilidade, sofre ameaça ou tem concretizada sobre patrimônio seu a prática de turbação ou de esbulho perpetrado por força de decisão judicial.

## **2. INTERESSE PROCESSUAL**

Elemento integrante do mérito alçado por Liebman à categoria de condição da ação (processual), relacionado à necessidade e utilidade de invocação da tutela jurisdicional, e como tal recepcionado pelo CPC/15 (muito embora o texto codificado expressamente não se utilize da expressão “condições da ação” ao referir-se a ele e à legitimidade *ad causam*), o interesse processual nos embargos de terceiro exsurge da afirmação da existência de processo pendente (litispendência), e nele de ato constrictivo (ou a ameaça de sua prática) que afete patrimônio de quem não é parte (autor dos embargos, ou aquele a quem substitui).

---

<sup>3</sup> BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*, v. IX (arts. 946 a 1.102), p. 362.

Com efeito, o processo que se forma pela propositura da ação de embargos de terceiro é sempre incidente a processo anterior, de conhecimento ou de execução, no qual tenha sido exarada a ordem judicial de constrição que alcançou o bem do terceiro. A pretensão e a ação que o terceiro exerce pela via dos embargos de terceiro nascem do *ato de jurisdição* que, proferido em processo em curso, gerou a constrição de bem integrante de seu patrimônio. Na expressão de Pontes de Miranda: “A incidentalidade dos embargos de terceiro não é só formal; a pretensão do terceiro embargante exerce-se naquele momento, por que foi levado a defender o seu bem. O ato do Estado é que faz espontar a *ação*. Por isso mesmo, a ação de embargos de terceiro pertence àquela classe de ações que, ferindo-se o direito material, nascem no direito processual: foi ato processual que feriu a pretensão do terceiro”.<sup>4</sup>

Cessado o estado de litispendência com a consequente desconstrução do bem ou direito (desistência da ação, transação, renúncia, pagamento etc.) ou, ainda, desfeito o ato construtivo na pendência do processo (reconsideração, reforma ou anulação da decisão que a determinou etc.), mas antes do julgamento dos embargos de terceiro, deixa de existir o interesse processual que anteriormente justificava o pedido de tutela jurisdicional, devendo o juiz tomar em consideração este fato superveniente (art. 493 do CPC/15) para proferir decisão sem resolução de mérito por ausência de interesse processual (art. 485, VI, do CPC/15).

## 2.1. Embargos preventivos

Se é certo que, em vista da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), agora também com sombra infraconstitucional (art. 3º, *caput*, do CPC/15), já não era de subsistir dúvidas quanto à admissibilidade dos embargos de terceiro preventivos mesmo na vigência do Código revogado, o CPC/15 agora vem espancar qualquer vacilo de interpretação sobre o tema, ao prever expressamente por seu art. 674 o manejo dos embargos de terceiro preventivos. Aliás, e sobre tanto se debruçará mais detidamente no item subsequente, o próprio Código

---

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. XV (arts. 1.046-1.102), p. 4.

autoriza que o magistrado incite o terceiro ao manejo dos embargos preventivos, em caso que enumera.

## 2.2. Prazo

O estado de litispendência do processo em que praticado o ato construtivo impugnado pelos embargos é condição para a admissibilidade dos mesmos, estando diretamente relacionada ao interesse processual. Fica então o questionamento: praticado o ato de constrição, basta a existência do estado de litispendência para que os embargos sejam manejados, ou existe um termo a partir do qual, ainda que o processo ainda não esteja extinto, a via dos embargos de terceiro fica obstruída?

O CPC/15 trouxe algumas novidades no que diz respeito ao termo final para o seu manejo.<sup>5</sup> Ocorrendo a ameaça ou a efetiva turbação ou esbulho no curso do processo de conhecimento, os embargos de terceiro podem ser oferecidos enquanto não ocorrido o trânsito em julgado da decisão nele proferida, ou seja, enquanto perdurar o estado de litispendência.

Na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, os embargos terão vez até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação do bem do terceiro, desde que antes da assinatura da respectiva carta. Assim, se acontecer (o que seria incomum) de a carta ser assinada antes de decorridos 5 (cinco) dias do ato de adjudicação, de alienação ou de arrematação, a via dos embargos de terceiro já não estará mais acessível.<sup>6</sup> De outro turno, a despeito da fixação do termo final para os embargos em 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, vinha-se admitindo o oferecimento dos embargos

---

<sup>5</sup> O *caput* do art. 675 do CPC/15 dispõe: “Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.

Seu correspondente, art. 1.048 no CPC/73, dispunha: “Art. 1.048. 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 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.

<sup>6</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao código de processo civil*, v. XI – tomo II – arts. 1.046 a 1.102, p. 465.



de terceiro enquanto não ocorrida a assinatura da respectiva carta<sup>7</sup>, inexistindo, a rigor, justificativa para que este entendimento seja modificado agora com o CPC/15.

### 2.2.1. Declaração de fraude à execução e prazo para os embargos

O art. 792 do CPC/15 apresenta a disciplina legal da fraude à execução. O texto de seu § 4º dispõe *verbis*: “Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias”. Existe aparente antinomia entre o prazo nele previsto e o prazo geral para os embargos de terceiro contemplado no *caput* do art. 675 do mesmo Código. A antinomia é aparente. Para a boa compreensão do § 4º do art. 792, é preciso conjugá-lo sistematicamente com o que dispõem o § 2º do art. 674 e também o art. 675.

Antes, é preciso registrar, na linha do disposto no parágrafo único do art. 675, que o § 4º do art. 792 contém regra que é consectária do dever de o juiz velar pela duração razoável do processo (arts. 4º e 139, II, do CPC/15), do dever de boa-fé objetiva (art. 5º do CPC/15), do dever de cooperação para a obtenção de tutela de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/15), bem como das garantias de publicidade dos atos processuais (art. 8º do CPC/15), da eficiência (art. 8º do CPC/15) e de acesso à justiça (direito de invocar tutela e de obtê-la de maneira plena e eficaz mediante a observância das demais garantias inerentes à cláusula do devido processo legal).

O advérbio “antes” no texto do § 4º do art. 792 alude expressamente ao momento em que o juiz deve intimar o terceiro; assim, a oportunidade conferida ao terceiro de se manifestar sobre a possível fraude à execução deve ocorrer anteriormente a sua declaração.

Existe uma primeira regra que pode ser extraída do texto do dispositivo, que tem por destinatário o juiz, vedando-lhe a declaração de fraude à execução sem oportunizar contraditório prévio ao terceiro atingido pela decisão. O descumprimento desta regra acarreta a nulidade da decisão que declara a fraude à execução.

A segunda regra extraída do texto é dirigida ao terceiro, criando para ele o ônus

---

<sup>7</sup> Em sentido contrário: MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*, p. 930.

de, dentro do prazo de 15 dias, oferecer *embargos de terceiro preventivos*. Reitere-se, o prazo de 15 dias previsto no § 4º do art. 792 deve ser interpretado como o prazo para que o terceiro apresente embargos de terceiro preventivos, ante o iminente risco de constrição de seu bem (isto sem prejuízo de optar por se manifestar nos próprios autos da execução mediante petição simples, ao invés de se valer dos embargos preventivos). Através dele, terá a oportunidade de demonstrar ao juízo a não configuração de causa para declarar fraude à execução, inibindo a constrição antes da mesma ser determinada. Por conseguinte, a declaração de fraude só pode ocorrer depois de decorrido o prazo de 15 dias e depois de realizado pelo juízo o exame liminar da eventual ação de embargos preventivos proposta. Registre-se que o embargo de caráter preventivo pode ser pleiteado e concedido antes mesmo de proferida a decisão judicial, desde que já existente caracterização de ofensa iminente.<sup>8</sup>

O decurso do prazo do § 4º do art. 792, contudo, não retira do terceiro o direito de oferecer embargos de terceiro repressivos, dentro do prazo prescrito no art. 675, *caput*, no caso de a constrição ser concretizada por decisão do juiz que declare a fraude. Assim é, ademais, como deve ser interpretado o enunciado 191 do FPPC: “O prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4º do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos pelo prazo do *caput* do art. 675”. Ou seja, o prazo de 15 dias, previsto no § 4º do art. 792, tem aplicação exclusiva para os embargos de terceiro no caso de fraude à execução, especificamente para os embargos de terceiro preventivos; já o prazo do *caput* do art. 675 é aplicável aos demais casos de embargos de terceiro, entre eles para os embargos de terceiro repressivos no caso de fraude à execução.

### 2.2.2. *Ciência do terceiro e fluência do prazo*

A fluência do prazo para a oposição dos embargos de terceiro não está condicionada à efetiva ciência do terceiro em relação à medida constritiva. O prazo flui existindo ou não seu conhecimento em relação à constrição. *Por isso que a não utilização dos embargos de terceiro, mesmo por aquele que tinha conhecimento do ato de*

---

<sup>8</sup> Nesse sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Embargos de terceiro. *Revista dos Tribunais*, v. 636.

*construção, não resulta na perda do direito material sobre o bem, cuja titularidade poderá vir a ser discutida pela via ordinária apropriada.*<sup>9</sup> Dúvida pode surgir se, na específica hipótese do parágrafo único do art. 675 do CPC/15, que não encontra correspondente no CPC/73, a não utilização dos embargos de terceiros resultaria na perda do próprio direito material.

O parágrafo único do art. 675 do CPC/15, reitera-se, não tem correspondente no CPC/73. Sua redação é a seguinte: “[c]aso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente”. O dispositivo tem por destinatário o juiz, criando para ele o dever de determinar a ciência do terceiro na hipótese de verificar seu possível interesse na oposição de embargos de terceiro. A regra, em certa medida, compreende mitigação ao princípio dispositivo, uma vez ser resultado de alguma dosagem de ativismo judicial conferida ao magistrado,<sup>10</sup> tal como igualmente pode ser verificado daquelas extraídas do art. 7º da Lei 7.347/1985<sup>11</sup> e do art. 139, IX, do CPC/15.<sup>12</sup> Trata-se de comando que operacionaliza o ideal de cooperação previsto no art. 6º do CPC, “que traz para o juízo o dever de auxiliar as partes a identificar legitimidades para a causa e interesses que possam ser atingidos pelas decisões judiciais de construção de bens e direitos”.<sup>13</sup>

De idêntico modo, é consectário do dever de o juiz velar pela duração razoável do processo (arts. 4º e 139, II, do CPC/15), do dever de boa-fé objetiva (art. 5º do CPC/15), do dever de cooperação para a obtenção de tutela de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/15), bem como das garantias de publicidade dos atos processuais (art. 8º do CPC/15), da eficiência (art. 8º do CPC/15) e de acesso à justiça (direito de invocar tutela e de obtê-la de maneira plena e eficaz mediante a observância das demais garantias inerentes à cláusula do devido processo legal).

---

<sup>9</sup> “No direito brasileiro, a ação de embargos de terceiro, de conteúdo impugnativo, não é obrigatória, ou necessária; fica ao terceiro o uso da ação própria”, (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, p. 45.)

<sup>10</sup> Confira-se, nessa linha de raciocínio, aplicável a dispositivo similar no processo coletivo: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*, v. 4: processo coletivo, p. 134.

<sup>11</sup> “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

<sup>12</sup> “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei 7.347/1985, e o art. 82 da Lei 8.078/1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

<sup>13</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Art. 675. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 1656.

O dispositivo não deixa evidenciado o momento em que a intimação deve se dar. Parece-nos que se o juiz identifica *possível* interesse de terceiro antes mesmo de determinar a prática do ato constitutivo requerido pela parte, deve desde logo dar atendimento ao comando normativo a ele dirigido, mandando intimar pessoalmente o terceiro. Nada impede, contudo, que a intimação seja procedida depois de já praticado o ato constitutivo. Em um ou outro caso, o que nos parece fundamental é que o juiz, antes de mandar intimar pessoalmente o terceiro, ouça ambas as partes sobre esse *possível interesse de outrem*, para lhes informar de que dará cumprimento ao preceito do parágrafo único do art. 675 do CPC/15, e, com isso, dar-lhes a oportunidade de desistir ou de requerer o cancelamento da constrição. Trata-se de postura que se amolda ao modelo de processo orientado pela cooperação. Nessa direção é que o enunciado 185 do FPPC, que trata exatamente da regra contida no parágrafo único do art. 675 do CPC/15, enuncia: “[o] juiz deve ouvir as partes antes de determinar a intimação pessoal do terceiro”.

A interpretação aqui preconizada, de sustentar necessária a intimação das partes antes de se proceder à intimação do terceiro, auxilia, ademais, na solução de questão que poderia assumir contornos mais tormentosos em outro contexto. Assim, não nos parece que a intimação do terceiro retire o caráter de facultatividade dos embargos. De modo que a sua não utilização não implica para o terceiro a perda do direito sobre o bem constrito, ficando autorizado, então, a, atendidas as peculiaridades do direito tutelado, e observado o prazo prescricional/decadencial incidente na hipótese, valer-se da via ordinária cabível para deduzir sua pretensão.

### 3. LEGITIMIDADE

Ao lado do interesse processual, a *legitimidade ad causam* consiste em outro elemento que é parte integrante do mérito, mas que dele foi extraído por Liebman para ser identificado como uma condição da ação (processual). Diz respeito às partes que integram a demanda. Por isso que Buzaid a conceituava como a pertinência subjetiva da ação.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> BUZAID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do código de processo civil*, p. 89.

### 3.1. Legitimidade ativa

No Código, a legitimidade para a propositura da ação de embargos de terceiro é regulada pelo art. 674 do CPC/15.<sup>15</sup> Os embargos são de *terceiro*. Deve-se então partir inicialmente desta ideia básica, legitimado ativo é aquele que não é parte no processo no qual praticado (ou em que se encontra em vias de praticar) o ato de constrição. Sendo que este terceiro pode ser, mas não apenas, o proprietário, inclusive o proprietário fiduciário, ou o possuidor do bem.

Existem, ademais, situações nas quais aquele que é parte no processo onde se deu o ato construtivo ser considerado legitimado para a propositura dos embargos de terceiro, porque com o terceiro é equiparado, ao menos no que toca à defesa do direito ou do bem objeto material da (ameaça de) constrição judicial. É o que se tira do § 2º do art. 674 do CPC/15.

De Pontes de Miranda se tira que “não pode usar de embargos de terceiro quem quer que esteja sujeito à eficácia do ato judicial que pretende embargar.”<sup>16</sup> *A partir desta precisa lição, pode-se então identificar como terceiro, para fins de legitimação à propositura da ação de embargos de terceiro, aquele cujo patrimônio ou cujo bem específico não está sujeito à eficácia do ato judicial que pretende embargar.* Este legitimado pode ser alguém que não é parte no processo onde se deu a (ameaça de) constrição, ou, ainda, uma parte na lide, ou até mesmo uma parte no processo. Na

---

<sup>15</sup> “Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

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

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

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

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

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

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

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. XV, p. 23. Continua Pontes: “Quem não for parte está, no art. 1.046, por ‘aquele que não participa da eficácia do ato judicial’”. “[A] qualquer eficácia do ato judicial; e não há dúvida que o terceiro também se pode opor a que a sua esfera jurídica seja invadida pela eficácia de ato jurisdicional que não seja a de coisa julgada material. Se, na constrição, se ofende interesse de quem é parte, mas está fora do objeto da demanda, o ofendido, aí, é terceiro, e não parte”

expressão de Donaldo Armelin, “a denominação desta ação como embargos de terceiro não é tão abrangente, como parece, vez que terceiros há que não estão legitimados ao seu aforamento, ao passo que partes, em determinadas circunstâncias, legitimam-se para tanto”.<sup>17</sup>

Veja-se, portanto, que o regramento legal (art. 674, § 2º, do CPC/15) apenas objetiva destacar algumas hipóteses recorrentes ou que guardam complexidade dignas de destaque para além do enunciado geral, não importando em restrição a outras situações jurídicas que permitam a utilização dos embargos de terceiros. Por tal razão, a legitimação ativa é ampla, abarcando todo aquele que preencher os requisitos do *caput*.<sup>18</sup> Em síntese, será terceiro todo aquele que não integrar a relação jurídica da ação principal e que tenha interesse em demandar incidentalmente para afrontar ato constrictivo oriundo deste processo, ou em vias de sê-lo.<sup>19</sup> Importante destacar que, por vezes, “este terceiro pode ser a própria parte, se considerada noutra posição jurídica, por exemplo, como proprietária de um bem que não deve sujeitar-se àquela constrição. É o caso da mulher que embarga como terceira para defender sua meação (art. 674, §2º, I)”.<sup>20</sup>

### 3.1.1. Promissário comprador

Tem legitimidade ativa para a ação de embargos de terceiro o promissário comprador cuja promessa não se encontra ainda inscrita no registro de imóveis. É o que ademais restou assentado no verbete 84 da Súmula do STJ (É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro), que tornou prejudicado o entendimento antes externado no verbete 621 do STF (Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis).<sup>21</sup>

Em plano atinente não à admissibilidade dos embargos, sim ao seu mérito, mostra-se acertada a doutrina de Humberto Theodoro Jr. no sentido de que na execução

<sup>17</sup> ARMELIN, Donaldo. Dos embargos de terceiro. *Revista de Processo*, v. 62, pp. 40-60.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. Art. 674. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 775.

<sup>19</sup> DELFINO, Lúcio. Art. 674. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 833.

<sup>20</sup> ALVIM, Teresa Arruda et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*, p. 1009.

<sup>21</sup> THEODORO JR., Humberto. Execução de hipoteca. Embargos de terceiro manejados por promissário comprador sem inscrição no registro imobiliário. Súm. 84 do STJ. Inaplicabilidade. *Revista de Processo*.

lastreada por hipoteca o direito do promissário comprador sobre o bem cede passo diante do direito real titularizado no credor hipotecário e na sequela que dele decorre. Por isso, a Súmula 84 não teria aplicação nesses casos. Vai além para concluir com igual acerto:

“Mesmo que o promissário comprador se apresente como titular de direito real de aquisição por dispor de inscrição no Registro Imobiliário, não terá como opô-lo ao credor hipotecário, se tal inscrição for de época posterior à hipoteca. Os direitos reais concorrentes sobre a mesma coisa se exercitam segundo a ordem de constituição. O direito de sequela aperfeiçoa-se com a oponibilidade *erga omnes*, que opera não só em face dos direitos pessoais, mas igualmente em face dos outros direitos reais que lhe sejam posteriores”.

Não foi este, contudo, o entendimento adotado pelo STJ, que editou verbete de Súmula em sentido diametralmente oposto. Assim, o verbete 308 do STJ dispõe: “[a] hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. A tese firmada na súmula cria ruptura no sistema legal, ao inverter a ordem de preferência do credor com garantia real.

### 3.1.2. *Cônjuge ou companheiro para defesa de bem próprio ou de sua meação*

É também legitimado “o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843” (art. 674, § 2º, I, do CPC/15). Existem hipóteses em que um dos cônjuges ou companheiro, não sendo parte no processo em que o outro cônjuge ou companheiro o é, tem um de seus bens próprios alcançados por ato construtivo. Daí exsurge sua legitimidade para oferecer embargos de terceiro, visando a defesa da posse de bem que lhe é próprio, e que, portanto, não se sujeita à responsabilidade patrimonial do executado.

Em outras hipóteses, um dos cônjuges ou companheiro, não sendo parte no processo em que o outro cônjuge ou companheiro o é, tem um dos bens comuns alcançados por ato construtivo. Também em tais casos exsurge a legitimidade do cônjuge ou companheiro para, sendo intimado do ato construtivo, oferecer embargos de terceiro visando a defesa de sua meação, que não se sujeita à responsabilidade patrimonial. Com a intimação (citação) da penhora do imóvel comum, esse cônjuge ou companheiro que

até então não figurava no processo, assume também a condição de parte, podendo inclusive oferecer embargos à execução. A regra do art. 674, § 2º, I, do CPC/15 busca exatamente assegurar que esse cônjuge ou companheiro, agora parte, possa oferecer embargos de terceiro ao lado dos embargos à execução, pois como aduz Antônio Cabral, citado por Pontes de Miranda: “a razão é porque uma e a mesma pessoa a respeito de diverso direito e de diversas pessoas se reputa... terceiro, o que é vulgaríssimo em direito”.<sup>22</sup> O enunciado 134 da Súmula do STJ traz entendimento neste sentido, conforme seu texto: “[e]mbora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação”.

A regra que autoriza os embargos de terceiro para defesa da meação do cônjuge que, não sendo parte no processo, é intimado da penhora, deve ser interpretada em sintonia com a regra do art. 843 do mesmo Código. Assim, os embargos de terceiro não têm o objetivo de impedir a alienação do bem indivisível, ou a alienação apenas da parcela do bem que se sujeita à responsabilidade patrimonial. Antes, visam a proteção de quantia equivalente à meação dentro do produto da alienação. O mesmo raciocínio se aplica no tocante à quota-parte do coproprietário de bem indivisível penhorado em processo no qual não é parte. É de se destacar que a quantia da meação ou da quota-parte a ser assegurada ao embargante levará em conta o percentual correspondente no valor da avaliação, ainda que a arrematação se dê por preço inferior.

### *3.1.3. O adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução*

Quando a alienação do bem se dá antes de estabelecida a litispendência, e existe ato de constrição incidente sobre o mesmo, tem-se caso típico para o manejo dos embargos de terceiro. Pontes de Miranda, a respeito, afirma:

“Se a parte alienara antes do pleito a coisa, o sucessor dela é imune à coisa julgada material *inter partes*. É o tipo mesmo do terceiro legitimado à ação de embargos de terceiro, à reivindicação contra o vencedor da ação contra o alienante, etc. Não fora parte, nem sucedera a alguma das partes. (...). Dir-

---

<sup>22</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. XV, p. 20.



se-á que a sentença entre o alienante e o vencedor da ação prejudica, de certo modo, o sucessor que adquiriu antes da litispendência; e que, portanto, há eficácia da sentença contra esse sucessor. Essa eficácia é reflexa, ao passo que a eficácia da coisa julgada material quanto aos sucessores após a litispendência é eficácia direta, isto é, própria da sentença”.<sup>23</sup>

Poder-se-ia colocar em dúvida se a constrição determinada por decisão judicial que recaísse sobre bem negociado depois de já estabelecida a litispendência seria passível ou não de impugnação através de embargos de terceiro.<sup>24</sup> Com efeito, se há o reconhecimento de fraude à execução, para declarar a ineficácia da alienação do bem, significa dizer que o negócio foi celebrado depois de estabelecida litispendência.<sup>25</sup> Ocorrendo sucessão ou não (art. 109, § 1º, do CPC/15), intervindo ou não como assistente litisconsorcial (art. 109, § 2º, do CPC/15), os efeitos da sentença se estendem ao adquirente (art. 109, § 3º, do CPC/15). A rigor, pois, o adquirente da coisa litigiosa (quando, pois, já estabelecida litispendência) fica sujeito aos efeitos da decisão final.<sup>26</sup> Ainda assim, é-lhe conferida por lei – art. 674, § 2º, II, do CPC/15 – legitimidade para oferecer embargos de terceiro se o bem que lhe foi transferido sofre constrição por força de decisão que declara sua ineficácia com fundamento em fraude à execução.

A cisão entre legitimidade e mérito em tais circunstâncias é extremamente dificultosa. A rigor, a demonstração da legitimidade vai decorrer da descaracterização da fraude à execução no ato de alienação do bem constricto. Como aduz Donald Armelin, “nesta hipótese, os embargos de terceiro somente serão admissíveis, se a ilegitimidade ativa ‘ad causam’ resultar da comprovação da inocorrência de aquisição ou oneração de bens tarjadas por fraude à execução”.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. XV, pp. 32-33.

<sup>24</sup> Negava-o, por exemplo, Pontes de Miranda: “[q]uem quer que tenha sucedido, a título universal ou singular, *pendente a lide* (tenha ou não havido habilitação, que é *simple inserção processual*), está excluído dos embargos de terceiro; pois que não é terceiro: sucedeu à parte; adquiriu com o vício *litigioso*, ainda que o ignorasse; e é indiferente que a aquisição tenha sido antes ou depois da sentença condenatória” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. XV, p. 33).

<sup>25</sup> Sobre a litispendência como requisito para a configuração da fraude à execução: SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução: direitos do credor e do adquirente de boa-fé*, p. 141 e ss.

<sup>26</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Embargos de terceiro. *Revista dos Tribunais*, pp. 17-24.

<sup>27</sup> ARMELIN, Donald. *Embargos de terceiro*, p. 316.

3.1.4. *Quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte*

O CPC/15 traz entre os seus arts. 133 e 137 regulamentação sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O reconhecimento judicial da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe, pois, a observância de procedimento próprio, realizado em contraditório, sob pena de nulidade da decisão que atingir patrimônio do sócio ou da pessoa jurídica (no caso de desconsideração inversa).

Se o procedimento do incidente foi observado com a devida citação do sócio ou da pessoa jurídica e a desconsideração foi reconhecida, eventual transferência ou oneração de bem pode ser tomada como ineficaz ante a configuração de fraude à execução. Nesse caso, o sócio, em relação a quem se deu a desconsideração da personalidade jurídica, e que sofreu a constrição sobre o bem supostamente transferido em fraude, tem legitimidade para oferecer embargos de terceiro com fundamento no inciso II do § 2º do art. 674 do CPC/15; o mesmo valendo para a sociedade, quando se dá a desconsideração inversa. O fundamento determinante para afastar a constrição girará em torno da não caracterização da fraude à execução.

Já aquele que, mesmo não tendo sido parte no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou que, sem nem mesmo ter sido instaurado o incidente de desconsideração, tem seu bem alcançado por constrição determinada em decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da parte, é para todos os efeitos terceiro legitimado à propositura dos embargos de terceiro. A legitimidade do sócio ou da pessoa jurídica para o oferecimento dos embargos de terceiro exsurge, na hipótese, da norma extraída do inciso III do § 2º do art. 674 do Código.

A rigor, do próprio *caput* do art. 674 cria-se regra suficiente para legitimar o sócio ou a pessoa jurídica à propositura dos embargos de terceiro. O inciso III do § 2º do art. 674, numa análise estritamente objetiva, seria, nesse contexto, despiciendo. Assume, contudo, relevante aspecto didático, e daí a importância de sua previsão, para rechaçar a proliferação de decisões de desconsideração da personalidade jurídica sem a instauração do incidente, sem a devida observância do contraditório.

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

O bem gravado com garantia real não é imune à expropriação. Para que, contudo, o ato expropriatório, como, por exemplo, a alienação judicial seja levado a efeito em relação ao bem gravado com garantia real, o Código estabelece que o credor titular da garantia real seja intimado com antecedência mínima de 5 dias da data para a qual designado o leilão (art. 889, V, do CPC/15), sendo que a não intimação prévia torna a alienação do bem ineficaz para o credor com garantia real (art. 804, *caput*, do CPC/15).

É importante observar que o art. 804 não pode ser aplicado para acobertar o não cumprimento da intimação prévia à alienação judicial (sentido amplo), de modo a criar uma solução única (a ineficácia da alienação) em relação aos titulares de direito real sobre o bem penhorado, nada obstante, repita-se, sua intimação prévia a alienação ser obrigatória (arts. 889 e 876, § 5º, do CPC/15).

Não se trata de capricho ou de formalidade sem objetivo, pois a intimação dos titulares de direito real (e figuras afins) de forma antecedente à alienação judicial é providência essencial para o exercício de um direito material, ainda que no ventre de processo judicial, qual seja: o *direito de preferência*.

No particular, há de ser registrado que o direito de preferência possui variações, não sendo uniforme na sua manifestação para com todos os direitos reais, tendo cada um, de acordo com a sua tipicidade, aplicação própria do direito de prelação. Com efeito, a preferência é conferida ao titular de direito real sobre coisa alheia para que este possa obter a propriedade, com a unificação de titularidade dos direitos reais sobre o bem, ou seja, uma preferência para a *aquisição* da coisa. Na ótica do proprietário, por sua vez, a prelação tem o objetivo de permitir a consolidação da propriedade plena que, sem dúvida, terá maior potência e estimativa, sem contar que tal medida permitirá maior fluidez na circulação negocial do bem em comparação com a propriedade gravada por algum direito real alheio. *Em relação ao direito real de garantia, a prelação não se fixa apenas no direito de adquirir o bem, mas também (e principalmente) na preferência no recebimento do seu crédito*. Perceba-se, assim, que o direito de preferência possui variações a partir do direito material, cuja matriz estará ligada a tipicidade de cada direito real. De forma

resumida, tem-se que: (a) a preferência (comum) do titular de direito real sobre coisa alheia se volta para a aquisição do bem; (b) a preferência do proprietário está fixada na consolidação da propriedade (retirada dos gravames); (c) *a preferência (especial) do titular do direito real de garantia – sem prejuízo da prelação (comum) de aquisição – se firma no direito prioritário ao recebimento do crédito.*

Assim, em prol da proteção do direito de preferência dos titulares de direito real sobre o bem penhorado, qualquer que seja a sua modulação, o disposto nos arts. 889 e 876, § 5º, do CPC/15 devem ser vistos como imposições legais, cuja não observância pode causar embaraços à alienação judicial. A primeira consequência jurídica pela falta da prévia intimação à alienação judicial será a sua ineficácia (art. 804), em qualquer das modalidades previstas em lei (adjudicação, alienação por iniciativa particular ou leilão judicial).

Todavia, tal consequência imediata não pode ser tida como a única, sendo possível outra forma de proteção ao direito de preferência. *Isso porque o titular de direito real poderá não se satisfazer com a ineficácia da alienação, pois tinha sim o interesse de exercer o seu direito de preferência (para aquisição ou consolidação da propriedade),* direito este que foi cabulado pela não observância de trilha legal que reclama a sua prévia intimação à alienação judicial. Com tal quadro, solução outra não há senão possibilitar dupla postura ao titular de direito real que não foi intimado, com antecedência, do ato de alienação, a saber: (a) arguir a nulidade da alienação judicial, por falta de intimação prévia, que lhe retirou o direito de exercer a preferência; (b) não se opor a alienação, desde que esta seja considerada como ineficaz em relação ao seu direito real. Nesse caso, a alienação judicial (sentido amplo) levada a efeito sem intimação do titular de direito real é inoperante relativamente a esse, não obstante seja eficaz entre executado e arrematante (STJ, AgRg na MC 16.022/SP).

Importante salientar que, em homenagem aos princípios da boa-fé objetiva e da duração razoável do processo, caso o titular de direito real opte por postular pela nulidade da alienação judicial, terá que demonstrar de forma clara o seu prejuízo, demonstrando que irá honrar depositando quantia igual ao lance vencedor, que acabou atropelando o direito de preferência alegado.

Caso o direito de preferência seja atropelado no procedimento expropriatório, cabulando-se as intimações necessárias e sequenciais dos arts. 876, § 5º e 889, e o titular

de direito real (ou de posição afim) não se satisfizer com a ineficácia da alienação judicial como consequência jurídica do descompasso, será possível postular para apontar o vício ocorrido na expropriação, com a conseqüente nulidade do ato. Em tal caso, o prejudicado deverá fundamentar seu pedido no direito de preferência não respeitado e demonstrar, de forma concreta, que irá pagar o preço final da alienação, trazendo o depósito do lance vencedor. Sem prejuízo de tal pleito ser lançado através de ação própria, o CPC/15 ainda indica o cabimento dos embargos de terceiro para a hipótese, como se vê do art. 674, § 2º, IV.

Com efeito, o art. 674, § 2º, IV, prevê que o credor com garantia real pode utilizar-se dos embargos de terceiro para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos. Note-se, pois, que tal regra ratifica que a consequência jurídica do art. 804 (ineficácia da alienação) não é única e, mais ainda, diante do ponto de contato com outras hipóteses, deve ser estendida a todos aqueles que tiveram o direito de preferência não observado, ou seja, que não tenha sido providenciada, ao seu tempo, a sequência de intimações previstas no CPC/15, em especial as antecedente à adjudicação (art. 876, § 5º, do CPC/15) e à alienação (leilão público ou por iniciativa particular – art. 899, do CPC/15).

Com outras palavras, o art. 674, § 2º, IV, do CPC/15 possui aplicação mais ampla, não se limitando aos credores com garantia real, mas a todo aquele que teve o direito de preferência não respeitado. Reitere-se o que já consignado alhures, de que o rol do § 2º do art. 674 é exemplificativo. Registre-se, ademais, sobre o que se discorrerá com mais profundidade no item infra, que o *caput* do art. 674 confere abertura para o manejo dos embargos de terceiro da forma alongada que defendemos, já que permite que o requerente possa alegar qualquer “direito incompatível com o ato constitutivo”.

No caso, optando-se pelos embargos de terceiro, deverá ser observado o prazo do art. 675, no sentido de que tais embargos devem ser propostos observando o prazo limite de até 05 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, tendo seu trânsito fechado se efetuada a assinatura da respectiva carta. Sem prejuízo da possibilidade de reclame pela via dos embargos de terceiro, é perfeitamente possível que a postulação seja feita por ação mais genérica, de rito comum, constatação que pode ser tirada do art. 903 do CPC/15 (STJ, AgRg no REsp

1.328.153/SP).

### 3.2. Direito tutelável nos embargos de terceiro e legitimidade ativa

O § 1º do art. 674 do CPC/15 preceitua que os embargos podem ser de terceiro *proprietário*, inclusive fiduciário, ou *possuidor*. No inciso IV do § 2º do mesmo art. 674 toma como terceiro por equiparação o *credor com garantia real*. O art. 677, em seu *caput*, remete à prova sumária da *posse ou domínio*. O *caput* do art. 678 alude a prova de *domínio ou posse*. Por fim, o art. 681 menciona o reconhecimento de *domínio*, da *manutenção da posse ou da reintegração do bem ou do direito*.

Leitura dos dispositivos desarticulada das bases e finalidades do instituto poderia levar o intérprete a restringir o âmbito de cabimento da ação de embargos de terceiro à defesa da posse do bem apenas com fundamento na posse em si ou com fundamento no domínio.

O que o embargante busca com a demanda de embargos de terceiro é inibir ou reprimir a turbação ou o esbulho da posse direta ou indireta que exerce sobre o bem objeto da constrição determinada por decisão judicial. Essa pretensão pode estar fundada na *posse* enquanto mero fato (almeja, no caso, a tutela da posse com fundamento na posse), quando então a ação de embargos de terceiro assumirá natureza de verdadeira ação possessória, ou, então, pode estar fundada no *direito à posse*, independentemente da natureza da relação jurídica que lhe dá origem, ou seja, independentemente de o direito à posse ter fundamento em direito real sobre a coisa ou de o direito à posse decorrer de relação jurídica obrigacional. Nesse sentido, Cláudia Cimardi anota: “Os embargos de terceiro podem ter como fundamento a posse em si mesma considerada, como puro estado de fato desprovido de título jurídico, ou seja, o *ius possessionis*. Todavia, são estes igualmente cabíveis, sem ter a posse como fundamento, mas, sim, o domínio, ou mesmo direitos de natureza creditícia”.<sup>28</sup> Nada obsta, pois, que os embargos de terceiro sejam propostos por superficiário ou por locatário cuja posse é agredida ou perturbada ou sofre ameaça de agressão ou perturbação, invocando o direito à posse em relação ao bem.

Vamos além para admitirmos os embargos de terceiro até mesmo para a tutela

---

<sup>28</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*, pp. 95-96.

de direito creditício. A este respeito, em comentários ao art. 1.046 do CPC/73, comparando-o ao que dispunha o art. 707 do CPC/39, Pontes de Miranda aduz:

“Não se falou de ‘direito’, como no Código de 1939; mas seria absurdo que não se admitissem embargos de terceiro se a penhora foi de crédito, ou outros direitos pessoais (...), ou se arrestarem créditos ou outros direitos pessoais (...), ou se sequestraram créditos ou outros direitos pessoais (...), ou em caso de alienação judicial de créditos e de outros direitos pessoais, ou de arrolamento, inventário ou partilha de créditos ou outros direitos pessoais. É vulgar, em muitos livros de juristas, falar-se de posse de créditos, que não são títulos de direitos reais; e as menções do art. 1.046, como a exemplificação do art. 1.047, de modo nenhum permitem que se leia o art. 1.046 como se só se referisse à posse, senso estrito. Muitas espécies ocorrem para embargos de terceiro, não tendo o titular direito real, nem posse estrito senso”.<sup>29</sup>

No novo Código, o art. 674, *caput*, não comete o mesmo lapso redacional encontrado no art. 1.046 do CPC/73. Nele a expressão “bens sobre os quais tenha direito incompatível” permite extrair regra expressa no sentido de reconhecer os embargos de terceiro como instrumento hábil à tutela de direitos creditícios, inclusive. Este é, ademais, o sentido do enunciado 186 do FPPC, que dispõe: “[a] alusão à ‘posse’ ou a ‘domínio’ nos arts. 677, 678 e 681 deve ser interpretada em consonância com o art. 674, *caput*, que, de forma abrangente, admite os embargos de terceiro para afastar constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre quais tenha ‘direito incompatível com o ato constritivo’”.

Sobre todos, e em caráter conclusivo, verbera Donald Armelin:

“[N]ão se justifica, também, sob esta angulação seja a legitimidade ativa para a propositura da ação de embargos de terceiro limitada à posse, nas suas diversas modalidades, além da titularidade de crédito com garantia real. A jurisprudência, como já foi remarcado, tem reconhecido a admissibilidade de embargos de terceiro para a desconstrução de penhora de quotas de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, de penhora de direito ao uso de telefone e outros. Por sua vez a doutrina, embora não pacificada, admite,

---

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. XV, p. 58-59. Ainda Pontes: “[d]esde que o ato do juiz, em processo civil, atacou a esfera jurídico do terceiro, uma vez que não se trata de direito protegível por habeas-corpus, cabem os embargos de terceiro” (*Ob. cit.*, p. 22).

também, o uso de embargos de terceiro na constrição de direitos pessoais”.<sup>30</sup>

### 3.3. Legitimidade passiva

A legitimidade passiva nos embargos de terceiro sempre provocou controvérsia em doutrina na vigência do CPC/73. Para uns, haveria litisconsórcio necessário entre as partes do processo em que determinada a constrição<sup>31</sup>; para outros, o legitimado passivo seria “o sujeito ativo do processo em cujo bojo foi praticado o ato constritivo, (...), ainda que não tenha sido quem indicou o bem que foi penhorado, por exemplo”<sup>32</sup>; havia os que consideravam como legitimado passivo a parte no processo originário que deu causa ao ato constritivo, “ainda que não haja, de sua parte, indicação direta e precisa do bem a ser apreendido”;<sup>33</sup> também os que afirmavam não existir litisconsórcio necessário sempre, mas que a citação do sujeito passivo deveria sim ocorrer em qualquer ocasião, cabendo a ele intervir ou não;<sup>34</sup> aqueles que negavam a litisconsorciação necessária como regra e afirmavam a necessidade de se verificar caso a caso a quem se deveu a apreensão do bem, para saber se haveria litisconsorciação necessária (no caso de apreensão decorrer de comportamento de ambas as partes) ou se o réu nos embargos seria apenas o sujeito ativo ou apenas o sujeito passivo do processo em que proferida a decisão atacada;<sup>35</sup> aqueles outros que reconheciam em princípio a legitimação do credor, “a quem aproveita o processo executivo”, “ressalvadas duas hipóteses: a) cumulação de outra ação (p. ex., negatória) contra o executado; e b) a efetiva e exclusiva participação do devedor no ato

---

<sup>30</sup> ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, pp. 355-356.

<sup>31</sup> Nesse sentido: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, v. 3: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária*, p. 143. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*, p. 931. ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese de doutorado apresentada à PUC/SP sob orientação de Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, p. 369.

<sup>32</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, p. 1437.

<sup>33</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, v. 3: processo de execução a procedimentos especiais*, p. 268.

<sup>34</sup> Para Pontes de Miranda existe litisconsórcio necessário, mas que se afigura “generalização escusada” dizer que *sempre* há litisconsórcio necessário nos embargos de terceiro (p. 96), “de modo que ao terceiro é dado pedir a citação do executado, esse, em qualquer caso, é facultado intervir, tomando a figura que as circunstâncias da questão compuserem (litisconsórcio necessário, se foi ele quem nomeou bens à penhora; litisconsorte voluntário; assistente do art. 54)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 111).

<sup>35</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do código de processo civil; juizados especiais*, p. 151.



ilegal (p. ex., o devedor realizou a nomeação e, apesar da oposição do exequente, o juiz a deferiu)”, sem deixar claro se nas exceções enumeradas haveria litisconsorciação ou legitimidade apenas do devedor do processo principal;<sup>36</sup> e por fim aqueles que reconheciam a legitimidade passiva naquele que “ocupa a posição de demandante no processo em que se determinou a apreensão judicial”, além do demandado, “quando tiver indicado o bem a ser apreendido”, caso em que haverá a formação de litisconsórcio passivo necessário.<sup>37</sup>

Na jurisprudência do STJ a orientação era de negar a litisconsorciação passiva necessária como regra, reconhecendo-a, contudo, quando a constrição decorresse de comportamento do devedor no processo originário. Assim na ementa do acórdão do REsp 282.674/SP ficou consignado: “[n]as hipóteses em que o imóvel de terceiro foi constrito em decorrência de sua indicação à penhora por parte do credor, somente este detém legitimidade para figurar no polo passivo dos Embargos de Terceiro, inexistindo, como regra, litisconsórcio passivo necessário com o devedor”.<sup>38</sup>

Essa foi a orientação adotada no CPC/15 – na linha, ademais, do que sustentado em considerável parcela da doutrina – que traz regra específica e clara sobre a legitimação passiva no § 4º do art. 677, *verbis*: “[s]erá legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial”. Em outros termos, existirá litisconsórcio passivo necessário se a indicação do bem para constrição foi feita por parte diversa da que dela se beneficia; ou, do contrário, figurará como réu apenas a parte beneficiária da constrição. Parece-nos igualmente acertado o entendimento sustentado por

---

<sup>36</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1188.

<sup>37</sup> BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*, p. 362. NERY JR., Nelson. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. *Revista de Processo*, v. 23, p. 95. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, p. 504.

<sup>38</sup> STJ, REsp 282.674/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.04.2001, DJ 07.05.2001. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.033.611/DF, 1ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28.02.2012, DJe. 05.03.2012.

Ainda: “PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO EXECUTADO. 1. Devem integrar o pólo passivo da ação de embargos de terceiro todos aqueles que, de algum modo, se favoreceram do ato constritivo, situação na qual se insere o executado, quando parte dele a iniciativa de indicar à penhora o bem objeto da lide. 2. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 739.985/PR, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2009, DJe. 16.11.2009).

“Nos embargos de terceiro, há litisconsórcio necessário unitário entre o exequente e o executado, quando a constrição recai sobre imóvel dado em garantia hipotecária pelo devedor” (STJ, REsp 601.920/CE, 4ª Turma, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.12.2011, DJe 26.4.2012).

José Miguel Garcia Medina, de que o executado deve figurar como litisconsorte passivo nos embargos de terceiro quando, a despeito de não haver feito a indicação do bem para a constrição judicial, é intimado da penhora e não informa o juízo de que o bem não se sujeita à responsabilidade patrimonial. Esta conclusão decorre, em primeiro, da necessidade de preservação da boa-fé no processo (art. 5º do CPC/15), e, também, da circunstância de o executado, indiretamente, acabar se aproveitando desta indevida constrição sobre patrimônio alheio (art. 677, § 4º, primeira parte).<sup>39</sup>

#### **4. COMPETÊNCIA**

O juízo que determinou a constrição é o competente para processar e julgar os embargos de terceiro, os quais, por conseguinte, lhe são distribuídos por dependência, com autuação em apartado. Do *caput* do art. 676 extrai-se regra neste sentido, idêntica à que antes se encontrava prescrita no art. 1.049 do CPC/73. Esta regra, contudo, cede passo quando o órgão jurisdicional que determinou (ou que está em vias de determinar) o ato constritivo for absolutamente incompetente para o julgamento dos embargos de terceiro.<sup>40</sup>

O parágrafo único do art. 676 do CPC/15 permite a formulação de regra sem correspondente expressa no Código revogado, para a específica hipótese de constrição realizada por carta precatória.<sup>41</sup> O dispositivo apresenta em seu bojo três diferentes situações envolvendo constrição por precatória. A primeira em consonância com a regra geral de competência, e as duas últimas como exceções àquela. Assim, é do juízo deprecado a competência para os embargos de terceiro, seguindo a regra geral de que a competência é do juízo que determinou a constrição, tal como, ademais, dispunha o art. 711 do CPC/39.<sup>42</sup> Nos casos, contudo, (1) de o bem constrito ser indicado pelo juízo deprecante, e (2) de já devolução da carta precatória, a competência é do juízo deprecante, a despeito de a constrição ter sido realizada pelo deprecado. O texto do CPC/15, desse modo, passa a dispor como norma entendimento firmado pelo extinto TFR no enunciado

---

<sup>39</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*, p. 863.

<sup>40</sup> Nesse sentido, com remissão a julgados do STJ: *Idem*, p. 862.

<sup>41</sup> CPC/15, “Art. 676. (...). Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta”.

<sup>42</sup> CPC/39, “Art. 711. Ao juiz deprecado competirá conhecer dos embargos de terceiro”.

33 de sua Súmula de jurisprudência, cujo conteúdo era o seguinte: “[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”.

#### **4.1. Competência do tribunal**

Tendo sido a constrição originariamente determinada por tribunal, ainda que em grau de recurso, é dele a competência para o processamento e julgamento dos embargos de terceiro. Assim, exemplificativamente, se pleiteada em primeiro grau providência cautelar de indisponibilidade, a qual vem a ser indeferida por decisão interlocutória impugnada por agravo de instrumento a que o tribunal dá provimento para determinar a constrição, a competência para os embargos de terceiro será do próprio tribunal.

### **5. PROCEDIMENTO**

#### **5.1. Petição inicial. Rol de testemunhas**

A petição inicial deve atender os requisitos gerais discriminados no art. 319 do CPC/15. Para fins de obtenção de providência liminar provisória, visando a suspensão da medida constritiva sobre o bem e eventualmente a manutenção ou a reintegração provisória da posse, cabe ao embargante fazer de plano a demonstração de sua condição de terceiro, bem como da posse (enquanto fato), do fato jurídico constitutivo da relação jurídica da qual exsurge seu direito à posse ou outro direito sobre o bem, seja através de prova documental, seja mediante prova testemunhal.

Assim, o rol de testemunhas a ser trazido com a petição inicial tem o objetivo exclusivo de suprir a deficiência da prova documental, mediante a realização de audiência de justificação (“audiência preliminar”) na qual as testemunhas constantes do rol serão ouvidas, para fins de exame do requerimento de tutela provisória.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Em sentido diverso, entendendo que o rol de testemunhas trazido na inicial serve à fase instrutória, sem que haja outro momento ulterior oportuno. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, p. 225.

## 5.2. Audiência de justificação. Citação do embargado

A realização da audiência de justificação não é condição para a apreciação do requerimento de tutela provisória liminar, sendo antes exigida no caso de insuficiência da prova documental que instrui a inicial.

A despeito de não mencionado expressamente em nenhum dos dispositivos que cuidam da matéria, deve-se concluir que, em sendo determinada a realização da audiência de justificação, o juiz precisa mandar citar o embargado para, querendo, comparecer ao ato. Aplica-se, por analogia, a disposição do art. 562 referente à tutela possessória. Ademais, a conclusão tem amparo na afirmação da garantia do contraditório, de guarida constitucional, a qual, portanto, não pode ser olvidada.

De qualquer dos modos, a participação do(s) embargado(s) nesta audiência, como sói ocorrer na audiência de justificação da posse nas possessórias típicas, fica restrita ao acompanhamento da prova oral a ser produzida pelo embargante, não lhe(s) sendo dada oportunidade neste instante para a produção de prova em contrário.<sup>44</sup>

## 5.3. Embargo liminar. Tutela provisória

Temos que a decisão que aprecia o requerimento de embargo liminar se enquadra como espécie de tutela provisória de evidência. É dispensável, pois, para a concessão da providência provisória, a demonstração de *periculum in mora*. Fazendo-se outra análise, com olhos sobre o próprio espaço em que a tutela provisória será postulada, não é descabido dizer que o *periculum in mora* é presumido, na medida em que há risco de perda do bem por ato de expropriação judicial (em sentido amplo). Assim, seja pelo enquadramento como tutela provisória de evidência ou de tutela provisória especial, em que o *periculum in mora* está implícito, percebe-se que se trata de hipótese excepcional, cuja concessão, por força de expressa disposição legal, o magistrado pode condicionar a apresentação de caução (art. 678, parágrafo único, do CPC/15).

---

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, p. 226.

A exigência de caução não é medida impositiva, devendo ser decorrência das circunstâncias do caso concreto. De outro turno, nunca poderá ser fixada pelo juiz como condição para a concessão do embargo liminar no caso de o embargante ser economicamente hipossuficiente.

#### **5.4. Citação do embargado. Prazo para contestação**

A citação do embargado é feita diretamente na pessoa de seu advogado constituído no processo principal, no bojo do qual determinada a constrição do bem do embargante.<sup>45</sup> Somente se exigirá a citação pessoal, o que é natural, se o embargado não tiver advogado constituído nos autos da ação principal.

A citação do embargado na pessoa de seu advogado decorre de previsão legal, sendo, portanto, dispensada a existência de procuração com poderes especiais para este fim. Como regra, a citação do embargado é para oferecer contestação, salvo quando realizada audiência de justificação, quando, então, a citação é para o embargado comparecer ao ato.

O prazo de contestação é de 15 (quinze) dias, o qual se sujeita à regra da contagem em dobro no caso de haver litisconsortes passivos com diferentes procuradores. Decorrido o prazo de contestação, o procedimento passa a observar as regras do procedimento comum.

#### **5.5. Embargos oferecidos por credor com garantia real e contestação**

Sobre os embargos oferecidos pelo credor com garantia real já foram tecidos comentários *supra*.

Cumpra aqui discorrer sobre as regras contidas nos incisos do art. 680 do CPC/15, que trazem matérias de defesa passíveis de oposição pelo embargado, as quais

---

<sup>45</sup> Na vigência do CPC/73, que não continha disposição similar, Donaldo Armelin sugeria, de *lege ferenda*, a previsão de regra no sentido de se admitir a citação na pessoa do advogado, tal como ademais sucedia (como também sucede no CPC/15) em sede de oposição e de reconvenção. ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese de doutorado apresentada à PUC/SP sob orientação de Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, pp. 40-60. Clóvis do Couto e Silva, aplicando por analogia a regra da oposição, sustentava a citação na pessoa do advogado: SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao código de processo civil*, p. 467.

teriam o condão de afastar a pretensão do credor com garantia real exercida pelos embargos de terceiro.

O inciso I autoriza que o embargado alegue a insolvência do devedor comum. Tem-se, então, situação na qual o embargante (credor com garantia real) e o embargado são credores de devedor comum (titular do bem objeto da constrição), que não possui qualquer outro bem em seu patrimônio passível de responder pelas obrigações. Parte então o dispositivo legal da premissa, equivocada, de que esta insolvência do titular do bem objeto da constrição retiraria do credor com garantia real a possibilidade de exercer seu direito de preferência, de modo que a sua não intimação quanto ao ato expropriatório não levaria à procedência dos embargos, restando assim convalidada.

Percebeu o ponto Rodrigo Barioni, que, de outro turno, e de maneira peremptória, vê sentido na regra do art. 680, I, quando o devedor do credor com garantia real é também devedor de outro credor com privilégio superior ao seu, como é o caso de credor de verba trabalhista ou fiscal, pois neste caso não seria dado ao credor com garantia real o exercício do direito de preferência, de modo que sua não intimação quanto aos atos de expropriação não acarretaria prejuízo.<sup>46</sup> Sucede que ao credor com garantia real é também possível o exercício do direito de preferência na aquisição do bem, consolidando em si a propriedade, ainda que tal se dê sem espaço para o abatimento do crédito de que seja titular. Portanto, a alegação de que o devedor comum é insolvente *nem sempre* é fundamento bastante para justificar a convalidação do vício de não intimação do credor com garantia real, mesmo quando haja credor com privilégio superior ao do credor com garantia real, pois se a ele não é conferido, diante deste confronto de direitos com privilégios, o exercício da preferência no recebimento do crédito, é-lhe ao menos assegurada a preferência na aquisição do bem, o que não lhe pode ser olvidado.

O embargado pode ainda alegar, nos termos do art. 680, II, primeira parte, que o título é nulo. Naturalmente que o título a que se refere o dispositivo é aquele que constitui a garantia real. Sendo ele nulo, logo, a garantia não pode ser exercida, assim como os direitos que dela seriam provenientes.

Do mesmo inciso II, segunda parte, extrai-se a possibilidade de o embargado alegar a não oponibilidade do título a terceiro. Tem-se então um título válido, o qual,

---

<sup>46</sup> BARIONI, Rodrigo. Art. 674, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 912.

contudo, é ineficaz para com terceiro em virtude de não observada formalidade legal que confira ao direito real essa oponibilidade *erga omnes*.

Por derradeiro, o inciso III do art. 680 permite ao embargado alegar que o bem objeto da constrição não se confunde com a coisa dada em garantia. Por natural que neste caso a intimação do embargante não se justificaria, na medida em que não guarda ele qualquer relação com o bem objeto material da constrição.

Veja-se que este rol de matérias de defesa sempre foi apontado pela doutrina como um rol taxativo, sem prejuízo de ao embargado ser oportunizada a alegação de questões de ordem processual, relacionadas à admissibilidade do processo.

É inegável, contudo, que existem outras matérias de defesa que podem ser alegadas pelo embargado em sua defesa. Diante dos limites impostos pelo art. 680 ao conteúdo da defesa do embargado contra os embargos do credor com garantia real, Rodrigo Barioni levanta interessante questionamento sobre a hipótese de extinção da relação obrigacional em torno da qual recaía o gravame. Assim, exemplifica, se o embargado é o devedor que indicou o bem hipotecado à constrição, não poderia ele, em sua defesa contra os embargos apresentados pelo credor com garantia real, “alegar que a dívida garantida pela hipoteca está quitada”? Aparentemente, pela literalidade do art. 680, não. A solução passa, contudo, pela análise do questionamento sob outra perspectiva, e a resposta que oferece a respeito soluciona pragmaticamente a rigidez do texto legal: “a questão, a nosso ver, se situa no âmbito do interesse de agir: se o embargante não é credor, evidentemente não precisaria ser intimado dos atos expropriatórios, porque nenhum direito tem a exercer contra o executado. Por se tratar de matéria processual, fica permitido ao embargado alegar que o embargante deixou de ostentar a condição de credor”,<sup>47</sup> e como não era mais credor, razão não existia para que fosse intimado. Da mesma forma, a alegação do embargado de que o embargante, enquanto credor com garantia real, foi efetivamente intimado do ato de expropriação lhe retira o interesse processual no manejo dos embargos de terceiro, e é, portanto, dentro desta perspectiva, da falta de interesse processual, que a matéria de defesa deve ser apresentada.

---

<sup>47</sup> BARIONI, Rodrigo. Art. 674. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 913.

## 5.6. Limitações na cognição

A cognição que o órgão jurisdicional realiza no âmbito dos embargos de terceiro é parcial.<sup>48</sup> A pretensão formulada pelo embargante é de inibir ou de afastar constrição judicial sobre bem seu. Cabe-lhe tão somente demonstrar que o bem objeto da constrição não está sujeito à eficácia do ato judicial, ou seja, que o bem, “pelo título de aquisição ou qualidade da posse”, não pode ser objeto de constrição judicial naquele processo. E tal porque a relação que o embargante mantém com o bem o libera da responsabilidade patrimonial.

Donaldo Armelin foi direto no ponto, quando relacionou o mérito dos embargos de terceiro à configuração da legitimidade e do interesse: “O fundamento do pedido nesta ação há de ser a situação de terceiro ou de parte a este assemelhada, bem assim como de possuidor, proprietário ou titular de direitos reais ou pessoais. Ou seja, a situação legitimante acoplada à existência de ato constritivo ou de ameaça de sua iminente concretização. Por isso mesmo foi afirmado que a *causa petendi* nos embargos de terceiro alberga situações asseguradoras da presença do interesse de agir e da legitimidade”.<sup>49</sup>

Como bem anotado por Hamilton de Moraes e Barros: “[a] lide, nos embargos de terceiro, é restrita. Versará apenas a inclusão ou a exclusão do bem na execução e não os direitos que o terceiro possa ter sobre a coisa”.<sup>50</sup>

Por isso que a defesa do embargado também se cinge a discutir apenas a sujeição ou não do bem à eficácia do ato judicial que lhe determinou a constrição, ou seja, se o bem integra ou não patrimônio legítimo sujeito a responsabilidade patrimonial no processo. Não existe espaço, em regra, para se perquirir questões atinentes ao título de aquisição do bem. Exatamente por isso, o STJ editou o verbete 195 de sua Súmula de jurisprudência, concluindo pela impossibilidade de se pretender a anulação de ato jurídico invocando fraude contra credores no bojo de embargos de terceiro. O texto sumulado expressa: “em embargos de terceiro, não se anula ato jurídico, por fraude contra

---

<sup>48</sup> Nesse sentido: NERY JR., Nelson. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. *Revista de Processo*, v. 23, p. 90. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1198. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do código de processo civil; juizados especiais*, p. 148. MEDINA, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*, p. 864.

<sup>49</sup> ARMELIN. *Embargos de terceiro*, p. 40-60.

<sup>50</sup> BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*, p. 370.



credores”.

Tratamento diverso, diante da natureza peculiar da matéria, e que portanto não afronta os limites restritos de cognição passível de ser exercida no âmbito dos embargos de terceiro, diz respeito à fraude à execução. A ineficácia do negócio realizado em fraude à execução pode ser reconhecida no âmbito do processo em curso, sem a necessidade de demanda específica para este fim. E neste contexto, o terceiro cujo bem sofre constrição por força de decisão judicial, em vista do reconhecimento de fraude à execução no negócio do qual tomou parte, deve resistir ao ato judicial mediante embargos de terceiro cabendo-lhe demonstrar a inexistência de fraude, e, por conseguinte, a não afetação do bem à responsabilidade patrimonial do devedor.<sup>51</sup>

### 5.7. Sentença e coisa julgada

A sentença de procedência do pedido nos embargos de terceiro tem natureza preponderantemente mandamental. O comando judicial é voltado para impedir ou cessar a agressão que atingiu o bem do embargante, desfazendo-a, sem, contudo, desconstituir a decisão que determinou a constrição. Conforme aduzido por Ruy Rosado:

“Os embargos de terceiro atacam o ato do juiz e a sentença que ao acolher atuará sobre o outro processo não para afastar o título ou o próprio processo, como ocorre nos embargos de devedor, mas apenas para cortar a lesão que deriva do ato judicial, contrário ao interesse do embargante. Por isso que o Prof. Clóvis do Couto e Silva, aceitando a classificação de Pontes de Miranda, quanto às ações, definiu os embargos como *ação mandamental* (a preponderância de sua eficácia está na ordem à autoridade, sem desconstituir o título) *processual* (sua finalidade imediata é a modificação ou a extinção de um ato processual) *negativa* (propõem-se a desconstituir o ato)”.<sup>52</sup>

Na sentença, cuidará o órgão jurisdicional de fixar a verba honorária de sucumbência imputando-a ao embargado que deu causa à constrição indevida. Se o ato

---

<sup>51</sup> Confira-se, a respeito: SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução: direitos do credor e do adquirente de boa-fé*, p. 187 e ss.

<sup>52</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Embargos de terceiro. *Revista dos Tribunais*, v. 636, pp. 17-24. Conforme Hamilton de Moraes e Barros: “São uma ação mandamental, visando a desfazer ato de poder, no exercício do poder, em função fática e essencial de poder” (BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*).

de constrição é decorrência de indicação feita pelo devedor, é dele a responsabilidade pelos encargos da sucumbência.<sup>53</sup> Essa a orientação contida no enunciado 303 da Súmula do STJ, *verbis*: “[e]m embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”.

A autoridade da coisa julgada vai se circunscrever ao comando decisório que reconhece ou nega a legitimidade da constrição, não impedindo que o interessado, em demanda futura, pleiteie o reconhecimento o alegado direito sobre o bem. Na expressão de Hamilton de Moraes e Barros: “[a] regra é fazer a sentença de embargos coisa julgada apenas sobre a licitude do ato judicial, deixando íntegro o direito do embargante e do executado”.<sup>54</sup>

Diante dos limites cognitivos impostos no procedimento de embargos de terceiro (cognição limitada), pode se afirmar que não existe espaço para aplicação da regra do § 1º do art. 503 do CPC/15, que prevê a extensão dos limites objetivos da coisa julgada para o exame incidental de questão prejudicial. Todavia, tal posição poderá ser desafiada se todos os requisitos do citado dispositivo forem efetivamente cumpridos, tendo em vista o disposto no art. 681 da codificação atual, que prevê que, com a procedência do pedido inicial dos embargos de terceiro: “o ato de constrição judicial indevida será cancelado, com o reconhecimento do domínio, da manutenção da posse ou da reintegração definitiva do bem ou do direito ao embargante”.

#### REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Embargos de terceiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 636 (out.). São Paulo: RT, 1988.

ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese de doutorado apresentada à PUC/SP sob orientação de Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. São Paulo, 1981.

---

<sup>53</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*, p. 302.

<sup>54</sup> BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*, v. IX (arts. 946 a 1.102), p. 371.

\_\_\_\_\_. Dos embargos de terceiro. *Revista de Processo*, v. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 1991.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARIONI, Rodrigo. Art. 674. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil, vol. IX (arts. 946 a 1.102)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do código de processo civil; juizados especiais, vol. 2, tomo II*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUZUID, Alfredo. *Agravo de petição no sistema do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. 3*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

DELFINO, Lúcio. Art. 674. In: CÂMARA, Helder Moroni (coord.). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil, vol. 4: processo coletivo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Dos embargos de terceiro no novo CPC. *Novo CPC: Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, vol. 2*. Org.: Alexandre Ávalo Santana; José de Andrade Neto. Campo Grande: Contemplar, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, vol. 3: processo de execução a procedimentos especiais*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAMY, Eduardo de Avelar. Art. 675. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, vol. 3. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES Tiago Figueiredo. *Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil*. In Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cássio (Org). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização de Direito*. Ciclo 1. Porto Alegre. Artmed Panamericana, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. São Paulo: RT, 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JR., Nelson. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. *Revista de Processo*, vol. 23 (jul-set). São Paulo: RT, 1981.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil, tomo XV (arts. 1.046-1.102)*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. Art. 674. In: ALVIM, Angélica Arruda et al. (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SALAMACHA, José Eli. *Fraude à execução: direitos do credor e do adquirente de boa-fé*. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, vol. 3: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao código de processo civil, vol. XI – tomo II – arts. 1.046 a 1.102*. São Paulo: RT, 1981.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. Execução de hipoteca. Embargos de terceiro manejados por promissário comprador sem inscrição no registro imobiliário. Súm. 84 do STJ. Inaplicabilidade. *Revista de Processo*, vol. 106 (abr-jun). São Paulo: RT, 2002.

