EMBARGOS DE TERCEIRO

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Desembargador do TJRS — Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

USO EXCLUSIVO

1. A palavra *embargo* deriva de *borgên*, radical de berganhar, embaraçar, obstaculizar, opor.[1]

"O Direito Romano não nos dá idéia de tal remédio contra sentença", mas a palavra já era usada em Portugal no século XIII, informa Lobão,[2] designando recursos contra sentenças, classificados em modificativos (primeiros a aparecer), ofensivos ou declarativos, estes correspondendo aos nossos embargos de declaração, e os dois primeiros aos infringentes. Intensificou-se o uso "depois que os tribunais de apelação deixaram de ser de ambulatórios", ensejando aos juízes a reconsideração de suas decisões.

Hoje, usamos o vocábulo *embargos* para designar recurso ou defesa. Entre os de defesa encontram-se os embargos de terceiro, objeto desse trabalho.

2. Os embargos de terceiro decorrem do princípio de que a execução deve atingir apenas os bens do executado passíveis de apreensão. Se incidir sobre bens de outros, ou não passíveis de apreensão, o interessado tem "ação defensiva da posse",[3] ação independente da outra em que foi praticado o ato judicial, mas que a pressupõe.

Execução está, aí, em senso latíssimo, conforme explica Pontes de Miranda: "Se a lei fala de embargos de terceiro "na execução", não é só na execução, no sentido de expropriação do bem do devedor para solver a dívida, ou da posse para entregar ao legítimo proprietário, que a ela se refere. Há de ser a qualquer execução (*sensu lato*), como se dissesse "na realização (ou durante a realização) de qualquer eficácia, "que cause" turbação ou esbulho, em sua posse, ou direito", como a baixa ou cancelamento do registro, ou ato de registro que tolha o poder de disposição etc. A questão começa, desde aí, a tornar-se mais clara. Os embargos de terceiro podem ser usados até que transite em julgado a sentença; e desde a constrição ou sua determinação mandamental, constitutiva, ou o que for".[4]

Também esclarecedor o comentário de Hamílton de Moraes e Barros, admitindo embargos nos processos de conhecimento, execução ou cautelar e também contra atos praticados na jurisdição voluntária.[5]

Os embargos de terceiros não são remédios possessórios,[6] com os quais não se confundem, pois que são contra atos do juiz, e não do particular; processam-se perante o mesmo juízo que proferiu a decisão atacada e servem para afastar ofensa da qual o possuidor não pode defender-se por sua própria força (art. 502 do CC). Mas são semelhantes às ações possessórias, porque se podem basear na posse; serão assemelhados à ação reivindicatória quando fundados em domínio e posse, ou à ação real de garantia, se fundamentados em direito real de garantia.

Distinguem-se dos embargos de devedor porquanto esses se dirigem contra o título exeqüendo ou contra o processo de execução e exigem já efetivado o dano e se-

gura o juízo. Os de terceiro podem ser preventivos e admitem pedido liminar.

3. 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).[7]

A defesa da posse contra ato judicial que ofende interesse de terceiro só pode ser exercitada através de embargos de terceiro, ficando de lado qualquer outro remédio possessório. Isso não quer dizer fiquem excluídas as ações para a reivindicação do bem, com base no título dominial, ou para anular o ato que ensejou a decisão judicial. Estas ações podem ser antecedentes, concomitantes ou posteriores ao processo em que houve a apreensão.

4. Os pressupostos dos embargos de terceiro são:

4.1 *A posse:* a ela se refere explicitamente o *caput* do art. 1.046 do CPC, destinando os embargos à manutenção ou restituição da posse em favor do que sofreu a ofensa.

A posse pode ser direta, como no caso do usufruto, do penhor, da locação, do comodato, do depósito, que se exerce temporariamente e em concomitância com a posse indireta, que se conserva com o domínio e é exercida pelo proprietário. A posse direta e a indireta dão passagem à ação de embargos de terceiro, porque ambas podem ser feridas por decisões ou sentenças.

O embargante deve exercer a posse, e não simplesmente praticar atos de permissão ou tolerância. "A relação que assim se estabelece é assimilada ao precário ... é evidente que estes atos de tolerância não podem conferir a posse; é o exercício precário de um direito, mas não é posse".[8]

A questão da posse viciosa ou injusta, adquirida com violência, clandestinidade ou abuso de confiança, merece explicação. O vício da posse é relativo e não pode ser oposto ao possuidor se não por aquele que sofreu a turbação ou o esbulho.[9] Assim, se o possuidor embargar, o vício da posse só pode ser argüido contra ele se o embargado (normalmente o exeqüente e, às vezes, o executado) tenha sido vítima da ação viciosa do embargante ao adquirir a posse. Isso dificilmente ocorrerá em relação ao exeqüente, mas poderá acontecer frente ao executado.

Aos que sustentam que os embargos de terceiro não cabem para defesa de direitos (item 4.4, abaixo) a posse deve ser efetiva, atual, não bastando ter apenas direito à posse. Já Pontes de Miranda concede a ação ao proprietário com pretensão a se imitir na posse direta, cumulando a ação com a de embargos.[10]

4.2 *Ou hipoteca, penhor e anticrese:* o credor com tal garantia real pode obstar à alienação judicial de bem (art. 1.047, II, do CPC). O dispositivo não constava do Código de 1939 e obteve agora o aplauso da doutrina.[11] A aplicação, porém, não tem sido uniforme, resistindo os tribunais em atribuir ao credor hipotecário a possibilidade de impedir a alienação do bem, objeto da garantia, em desacordo com o sistema do Código Civil, que admite a validade e a eficácia da alienação judicial do bem hipotecado, desde que feita a notificação prévia ao credor hipotecário (arts. 826 do CC e 698 do CPC).

Atendida a exigência de cientificação prévia do credor hipotecário e realizada regularmente a alienação judicial, torna-se insubsistente a hipoteca, sub-rogando-se a garantia no preço da arrematação. "Intimado o credor hipotecário é que se consuma, oportunamente, a sub-rogação, pois se dá eficazmente a alienação. Recebida a intimação, protestará o credor pela preferência legal que o beneficia."[12] Seria um contra-senso que o credor fosse intimado para vir impedir a realização da praça.[13] O credor é intimado para vir zelar por seus interesses, observar a regularidade do procedimento, o efetivar-se da sub-rogação, ou para o exercício de algum direito, como o de adjudicar (art. 714, § 1.º, do CPC) ou exigir a exibição do preço (art. 690, § 2.º, do CPC).

Inexistindo a regular intimação do credor hipotecário a alienação judicial é válida, apenas ineficaz em relação a credor hipotecário, cuja execução não fica prejudicada com a arrematação.[14]

Apenas em duas hipóteses, a meu juízo, o credor hipotecário pode obstar à venda judicial: a) *não intimado*, comparece alegando o descumprimento do disposto nos arts. 698 do CPC e 826 do CC;[15] *intimado menos de 10 dias antes da praça* (art. 698 do CPC), se faz presente para alegar a impossibilidade de se habilitar com seu crédito preferencial.

A lei refere apenas hipoteca, penhor e anticrese. Na primeira não há domínio nem posse; nas últimas há posse. Mas também o credor com direito real de renda constituída sobre imóvel (art. 1.424 do CC), instituída com a isenção do art. 1.430, deve ser admitido ao uso dos embargos.

4.3 *Ou domínio*: a nova legislação processual civil não dá ao que é apenas senhor a legitimação para opor embargos, mas o Código de Processo Penal a concede ao proprietário que vem a juízo alegar lhe pertencer o bem imóvel objeto de seqüestro, na jurisdição criminal, sobre bens considerados produto ou proveito de crime (art. 130, II, do CPC). "O seqüestro poderá ainda ser embargado:... II — pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé".

4.4 *Outros direitos:* Pontes de Miranda critica acerbadamente o novo Código de Processo Civil por não repetir o diploma de 1939, que autorizava embargos para a defesa da posse ou direito (art. 707 CPC de 1939). Segundo ele, seria involução grave excluir da proteção dos embargos o direito de crédito, ou direito pessoal, ou o próprio à posse, depois da lenta evolução do instituto, desde o velho Direito português. Por isso, preconiza esforço de interpretação para aplicação das normas do Código em vigor no sentido de ampliar a sua incidência, a fim de não derruir o que foi lentamente conquistado. Sustenta que a "posse" a que se refere o art. 1.046 deve ser entendida em sentido amplíssimo, abarcando todo e qualquer direito, independentemente de sua natureza, que possa ser atingido por ato judicial. "Fazer dos embargos de terceiro ação relativa à propriedade ou à posse é deturpá-la."[16] Cita dois casos em que a necessidade dos embargos transparece de forma irretorquível: direito de crédito de terceiro, indevidamente arrolado pelo inventariante;[17] o direito pessoal do pai que se dispõe a obter a guarda do menor, que o juiz deposita em mãos de outrem.[18] Parece, realmente, que a limitação do instituto à propriedade, à posse e à garantia de direito real, enumerados na lei, apequena o instituto, desvirtuando-o de sua finalidade e deixando sem remédio rápido direitos que o sistema jurírico deve igualmente garantir ou proteger. A norma processual que regula os instrumentos de amparo aos direitos materiais reconhecidos na legislação civil deve ser entendida e aplicada de tal forma que não se chegue ao ponto de negar sua própria finalidade, deixando fora do âmbito protetivo das ações mais expeditas algumas situações que ali deveriam estar, por exigência do desenvolvimento histórico do nosso Direito, ou da própria Lógica. Esse defeito pode ser evitado através de interpretação extensiva, cabível no caso. Aliás, tratando-se de embargos de terceiro, não é nova a necessidade de construir um instituto mais consentâneo com a realidade e as exigências da justiça: quando a lei processual concedia a ação impugnativa apenas ao senhor e possuidor, a jurisprudência estendeu-a ao simples possuidor, estabelecendo um princípio de ordem geral: "Consideram-se relevantes todos os embargos que se calcam nos termos da lei *ou que se adaptam, em tese, à respectiva letra*".[19]

A aceitação dessa tese permitiria harmonizar o regime das ações ao sistema de Direito Material estabelecido pelo Código Civil, obviamente as críticas que se fazem ao novo Código, por não conceder a proteção a certos direitos, como o da propriedade. Observou o Prof. Clóvis do Couto e Silva: "Seria, entretanto, de todo interesse que o simples proprietário pudesse utilizar um procedimento expedido para evitar lesão ao seu direito de propriedade".[20]

Cabe referir que os titulares do *direito de retenção* podem exercer sua exceção por meio de embargos de terceiro.[21]

5. O segundo pressuposto dos embargos é a ocorrência de *uma lesão* à posse ou a alguns dos direitos antes mencionados.

Para Pontes de Miranda, a turbação ou esbulho da posse ou do direito significa

ofensa real, efetiva, com o quê afasta os embargos preventivos,[22] mas considera que o simples existir do decreto judicial já é uma ofensa ao direito e oportuniza os embargos, ainda antes do cumprimento material. O Prof. Clóvis do Couto e Silva, depois de esclarecer que o Direito brasileiro, seguindo o modelo alemão, admitiu, quanto à posse, a tutela preventiva, bastando o perigo de sua lesão, considera que, contra o decreto judicial ainda não cumprido, o que há são embargos preventivos, à semelhança do interdito proibitório. Assim, os embargos podem ser preventivos, depois de proferida a decisão e antes de sua aplicação material, e repressivos, depois disso.

A tutela preventiva pode ocorrer mesmo antes de exarado o ato judicial, quando a prática de ato da parte já constitua ou caracterize a iminência da ofensa, como no caso da descrição de bens no inventário. Em Portugal admite-se a tutela preventiva para a defesa da posse ameaçada.[23]

A lesão ocorre sempre que a relação jurídica em que o terceiro está inserido seja indevidamente invadida pelo ato judicial, atingindo-o no seu direito ou posse. "Desde que alguma coisa tenha de ser praticada, ou omitida, e a constrição pelo juiz o impeça, o terceiro tem pretensão à tutela jurídica e ação de embargos de terceiro.[24]

6. O terceiro pressuposto é ser de autoria do juiz o ato causador da lesão, quando, então, a proteção da posse só pode ser obtida através dos embargos de terceiro. Ao possuidor é negado o desforço imediato, ficando constrangido a opor em embargos perante o mesmo juiz: "Não é lícito ao terceiro pedir manutenção a outro juiz, nem a este concedê-lo, porque isso produziria um conflito anárquico na distribuição dos serviços, e não um remédio ao direito".[25] A limitação é quanto ao emprego de ação para a defesa da posse, ficando ao terceiro a possibilidade de propor as ações que decorrem de seu direito, seja para anular o ato em que se fundamenta o juiz, seja para propor ações petitórias.

7. Por fim, o embargante não pode ser parte do processo onde foi praticado o ato impugnado. A situação de terceiro é estabelecida em relação ao processo onde foi praticado o ato judicial que se impugna.

Se o ato judicial ofensivo é sentença que se chama "executiva", como as proferidas em ação de depósito, possessória, alimentos etc., terceiro é quem não figura na sentença que se executa.

Se a sentença depende de processo de execução, uma vez promovida esta e nela praticado o ato ofensivo à posse ou ao direito: a) é terceiro quem não figura na relação instaurada com o processo de execução, pois ele não é parte no processo onde foi praticado o ato de apreensão judicial. Se ele participou como parte no processo anterior, de onde adveio o título executivo, mas não está incluído na execução — porque o exeqüente escolheu um réu e deixou de lado o outro, ou porque mal ingressou com a sua pretensão executória — ele é terceiro em relação a este processo de execução, pois não está incluído nele, ainda que devesse ou pudesse estar; b) quem não foi parte no processo onde se proferiu a sentença exeqüenda, mas incluído na relação processual de execução, não é terceiro no processo de execução e contra ato nele praticado pode oferecer embargos de executado.

O que foi parte no processo de conhecimento ou de execução, mas dele excluído por ilegitimidade, ou por desistência do autor, é terceiro em relação aos atos que depois de sua exclusão vierem a ser praticados.

Se o ato ofensivo é praticado no processo ainda antes de sentença, é terceiro quem não figura no processo.

O que figura no processo como parte, ainda que não citada, ou citada nulamente, é parte.

No processo de execução fundada em título extrajudicial é terceiro o que não figura na relação processual instaurada.[26]

O conceito de terceiro é só processual, independe de relação jurídica de Direito Material; destarte, o que deveria ter sido parte e não o foi é terceiro; já, o que não poderia ser demandado e o foi é parte.

8. Na sucessão de coisa litigiosa, que é aquela sobre a qual se contende em juízo e pode ser alcançada pela sentença (não a simplesmente apreendida para garantia ou cobrança de um crédito), cumpre observar:

8.1 Não é parte o que adquire a coisa a) antes de estabelecida a litispendência,

que surge para o autor quando do ajuizamento do pedido, e para o réu, da citação, [27] ou b) depois de extinto o processo, com ou sem o julgamento do mérito.

8.2 O adquirente da coisa litigiosa, pendente a lide, ainda que não intervenha em juízo, é parte, [28] ficando excluído dos embargos de terceiro contra ato praticado naquele processo; mas tem embargos de terceiro o adquirente de boa-fé (art. 648 do CCivil). [29]

8.3 O alienante continua figurando no processo como parte, em decorrência de legitimação extraordinária. [30]

8.4 A alienação de coisa penhorada ou que veio a ser penhorada para satisfação do crédito do doutor pode constituir fraude contra credores ou fraude à execução, conforme o caso, mas não alienação de coisa litigiosa, pelo quê o adquirente é terceiro.

8.5 O adquirente de coisa litigiosa de um outro que não seja parte é terceiro. [31]

9. Considera-se também *terceiro o cônjuge* que defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação (art. 1.046, § 3.º). O art. 669 do CPC determina a intimação da mulher do devedor, recaindo a penhora em bens imóveis. Confrontando esses artigos, tem sido sustentado que a mulher casada, uma vez intimada da penhora, não pode usar dos embargos de terceiro. [32] Com isso, a incidência do § 3.º do art. 1.046 ficaria restrita aos casos em que não há penhora de bem imóvel. Se fosse realmente assim, desnecessária a regra do § 3.º, porque aquele contra o qual se promove o processo de conhecimento ou de execução e não é citado, necessariamente, é um terceiro e pode embargar, nos termos do *caput* do art. 1.046.

A intimação da penhora feita à mulher (equivalente à citação) insere-se na relação como parte, e, não fora uma ressalva legal, só teria os embargos de executado para atacar o título ou o próprio processo de execução, no prazo e com os requisitos próprios dos embargos de execução.

Na verdade, a mulher tem ambas as defesas: embargos de devedor, por ser parte, podendo agir contra o título ou contra a execução; embargos de terceiro, ainda que intimada, [33] tão-só para afastar a penhora.

Considerando os termos amplos em que está vazado o § 2.º do art. 1.046, pergunta-se sobre a desnecessidade do § 3.º, uma vez que a mulher, apesar de ser parte, após a intimação, vem a juízo defender bens que, pelo título de aquisição ou pela qualidade, não podem ser apreendidos.

Tem-se que a regra do § 3.º é só explicativa do contido no § 2.º do art. 1.046, vindo ao Código apenas para explicitar a posição da mulher em face da divergência jurisprudencial existente na vigência da lei anterior, pois as hipóteses possíveis, abrangidas pelo § 3.º, já estão contempladas no § 2.º, não havendo nenhum caso em que o cônjuge não possa vir a juízo defender os seus bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação que já não esteja compreendido no § 2.º. A explicitação era tão necessária que ainda agora, apesar dos claros e repetitivos termos da lei, há quem negue à mulher o uso dos embargos de terceiro, concedido a qualquer outro, embargo parte, nos casos do § 2.º, em que ela também se inclui.

A defesa da mulher, como terceiro, tem por fundamento o disposto no art. 3.º da Lei 4.121/62: "Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação". O Prof. Clóvis do Couto e Silva observa que a orientação jurisprudencial que estabeleceu a presunção *juris tantum* de que os atos do marido são praticados em benefício da família não se contém no art. 3.º da Lei 4.121, nem no parágrafo único do art. 246 do CC. [34]

10. A *legitimidade ativa* é do senhor e possuidor ou do só possuidor (art. 1.046, § 1.º). A dicotomia entre senhor e possuidor, para a propositura dos embargos de terceiro, vem de longe. As Ordenações Filipinas, Livro III, tít. 86, § 17, concediam embargos ao só possuidor: "E vindo algum terceiro com embargos, dizendo ser possuidor dos bens, em que se faz a execução...". No Livro IV, tít. 54, § 4.º, estava prevista a intervenção do senhor que dissesse ser sua a coisa demandada. Com base nesses dispositivos os praxistas admitiam o cabimento dos embargos pelo senhor, pelo possuidor, ou pelo senhor e possuidor.

Com a vigência do Regimento 737, de 1850, aplicável inicialmente apenas às causas comerciais, restringiram-se os embargos de terceiro, no juízo comercial, ao senhor e possuidor, pois seu art. 604 assim dispunha: "Não são admissíveis na execução embargos de terceiro que não seja ao mesmo tempo senhor e possuidor, ficando ao terceiro prejudicado direito salvo sobre o preço da arrematação".

A Lei 3.272, de 1885, mandou aplicar o Regulamento 737 às execuções cíveis, mas não se referiu ao artigo 604. Até aí, portanto, admitiam-se, no juízo cível, embargos de terceiro ao possuidor, ao senhor, ao senhor e possuidor e também ao credor de hipoteca não vencida de devedor solvente (art. 6.º da Lei 3.272, de 5.10.1885; Dec. 169-A, de 19.1.1890).[35] A explicação dada para admitir embargos em favor do possuidor era a de que se presumia ser ele o dono, daí o prazo que tinha para demonstrar seu direito, podendo o embargado provar o domínio do executado, afastando, com isso, a presunção e obtendo a rejeição dos embargos. Foi o Dec. 763, de 19.10.1890, que mandou aplicar às execuções cíveis o Regulamento 737, de 1850, inclusive seu art. 604, pelo quê, a partir de então, somente se admitiram em juízo cível e comercial embargos de senhor e possuidor. O CC, com os seus artigos 489, 499 e 506, autorizou interpretação ampliativa relativamente à legitimação para embargos de terceiro, pacificada a partir de decisão do STF, sendo relator o Min. Pedro Lesa (1919), no sentido de que a nova codificação reintroduziu no nosso sistema jurídico a proteção dos embargos em favor do possuidor turbado ou esbulhado por ato do juiz: "A não ser dos embargos de terceiro, de nenhum outro recurso pode utilizar-se a pessoa que vê a sua turbada pela decisão que autoriza expressamente o art. 506 do CC".[36]

O Código de Processo Civil de 1939 concedeu a defesa ao simples possuidor e ampliou o cabimento da ação, para proteger qualquer direito (art. 707).

O Código de 1973 não repetiu a mesma regra, excluiu a referência ao "direito" e distinguiu senhor e possuidor do possuidor. A omissão ao direito já foi criticada, com procedência, por Pontes de Miranda, pelo quê se deve interpretar "posse", no texto do art. 1.046, *caput*, "em sentido larguíssimo", compreensivo de qualquer "direito".[37]

O emprego das duas expressões "possuidor" e "senhor e possuidor" é explicado pela diversidade de fundamento com que os embargos podem ser opostos, determinante do âmbito do ônus probatório do autor, da contestação a ser oferecida pelo embargado e do conteúdo eficacial da sentença que julgar os embargos. Se o autor é possuidor e como tal impugna o ato judicial de constrição, limita o debate a essa matéria e obterá sentença que lhe garantirá tão-somente a posse — que, inclusive, pode ser temporária, como a do locatário — sem afastar o direito de propriedade que o executado porventura detenha. Já nos embargos opostos pelo senhor e possuidor, cumpre-lhe fazer a prova do domínio em que sustenta o seu pedido, e, se vencedor na ação, a sentença dará proteção também ao domínio. Se fundado só na posse, sendo essa negada, a sentença faz coisa julgada material e obsta à ação possessória;[38] se fundado no domínio, negado este, obsta à reivindicatória. Esta pode ser a razão pela qual conveio o legislador em distinguir "senhor e possuidor" e "possuidor".

11. *Equipara-se a terceiro* a pessoa que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade de quem os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial (art. 1.046, § 2.º). "Porque pode muito bem uma pessoa fazer as vezes de duas a diversos respeitos."[39]

12. O *compromissário comprador* com título registrado pode opor-se à penhora ou outra restrição ao seu direito através dos embargos de terceiro, pois dispõe de um direito real oponível a terceiro,[40] ou, ao menos, de um direito pessoal, com eficácia real.[41]

Se o contrato não estiver registrado, duas correntes preconizam soluções diversas. Predomina no STF, apesar de forte oposição minoritária, a tese de que a simples posse do compromissário não pode desconstituir penhora de imóvel de propriedade do executado, promitente vendedor, o que só seria viável se a promessa de venda, irretratável e irrevogável, estivesse inscrita, porque, então, a penhora atingiria o direito real à aquisição, de que é titular o compromissário comprador.[42] Já, a corrente

minoritária [43] estende ao compromissário possuidor o direito de defesa da posse, inclusive com os embargos de terceiro, ainda que não tenha registrado o contrato, apenas escudado na sua qualidade de exercente da posse em nome próprio. Essa é a que deve merecer apoio.

13. A *matéria examinável* nos embargos, a ser objeto de prova, discussão e julgamento, dependerá do fundamento invocado pelo embargante. Se ele se define como senhor e possuidor, "alegação que foi sempre e continua a ser o fundamento, por excelência, dominante e irrefragável em todas as praxes e teorias, como objetivo dos embargos de terceiro", deverá provar domínio e posse. Pelo quê sempre oportuna a lição de que "basta se alegue a mera posse, porque o possuidor se presume senhor, até que se prove o contrário. É, pois, útil cautela alegar só a posse". [44] Deverá, ainda, demonstrar o fato da lesão atual ou iminente, em decorrência da injusta invasão de sua esfera jurídica por ato judicial. O mesmo se diga do que alega o domínio (CPP, art. 130, II) ou a titularidade de algum direito.

O embargado será normalmente o exeqüente, e excepcionalmente também o executado, em litisconsórcio necessário, se este indicou os bens para a penhora. [45]

A contestação basear-se-á na inocorrência de algum dos pressupostos, desde a inexistência da posse, apta a ensejar os embargos, ou da alegada lesão, por não ser atual ou iminente, ou por não ser injusta.

O embargado pode defender-se contra o terceiro embargante alegando que este se sustenta em direito adquirido com fraude à execução. Discute-se o cabimento da alegação de *fraude contra credores*, o que tornaria anulável o ato da aquisição pelo terceiro. Os argumentos da corrente contrária à discussão da fraude a credor nos embargos de terceiro foram resumidos e exemplarmente rebatidos no voto do Min. Pedro Soares Munhoz no acórdão no RE 90.934-6. [46]

14. Os *efeitos da sentença* que julga os embargos de terceiro, assim como a matéria ali examinável, variam conforme o fundamento utilizado pelo embargante. Se alegar e provar domínio e posse, a sentença que afastar a lesão decorrente do ato judicial impedirá a prática de atos ofensivos à posse e à propriedade do embargante. Assim, se houve penhora, ela própria se desconstituirá e não realizará ou se desfará a alienação judicial. Se a posição do embargante é a de simples possuidor, a sentença concessiva dos embargos apenas protegerá a posse em que será mantido ou reintegrado o terceiro, mas não impedirá a penhora do direito de reivindicação de que é titular o executado, se dele o domínio: "Art. 1.373. Se o terceiro embargante provar a sua posse jurídica e o exeqüente provar o domínio do executado, prosseguirá a execução contra este no direito e ação de reivindicação; salvo a disposição do artigo antecedente, § 3.º (1935)". [47]

Isto é, os embargos do possuidor não impedem a alienação judicial do bem, pois a venda pressupõe a propriedade e atua nesse nível, no qual não interfere e não alcança o possuidor. É por isso que o locatário ou o comodatário podem opor embargos para conservar a posse direta que exercem nessa condição, mas não podem obstar à existência da própria penhora — enquanto não lesiva da posse — ou à alienação. O compromissário comprador sem título registrado tem embargos para defender a posse e impedir a alienação judicial somente se se entender que ele titula direito real, como sustenta José Osório de Azevedo Júnior. [48] O possuidor que alega a posse *ad usucapionem* pode obter a desconstituição da penhora ou impedir a alienação de bem não porque seja possuidor, mas por ser senhor e possuidor.

O que não foi parte em ação possessória, reivindicatória ou de despejo e possuir pode embargar para o fim de continuar na posse, até que seja proferida sentença eficaz contra ele.

O terceiro não pode repetir a ação trazendo o mesmo fundamento, mas poderá propor outra ação para a defesa do direito que estava embasando os embargos. Assim, poderá, posto que vencido nos embargos, promover ação ordinária para a anulação do ato que ensejou a execução ou que transferiu a propriedade ao executado.

NOTAS

1. Silveira Bueno, *Dicionário Etimológico*.
2. Lobão, *Segundas Linhas...*, II Parte, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855, p. 8.
3. Clóvis do Couto e Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11/450, II Parte, São Paulo, Ed. RT, n. 491.
4. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XV/102, Rio, Forense, 1977.

5. Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IX/292.

6. Édson Prata, *Embargos de Terceiro*, p. 19.

7. Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., v. 11/44 e 456; Pontes de Miranda, ob. cit., t. XV/3.

8. Astolpho Rezende, *A Posse e sua Proteção*, v. 2.º/44.

9. Idem, v. 2.º/51.

10. Pontes de Miranda, ob. cit., t. XV/60.

11. Pontes de Miranda, ob. cit., t. XV/82; Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., v. 11/473.

12. TARS, 2.ª C. Cível, rel. Juiz Athos Gusmão Carneiro, *JTARS* 34/177.

13. 1.º TACivSP, voto vencido na Ap. 231.858, 5.ª C., *RT* 503/184.

14. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 3.ª ed., v. II/857 e 858, Rio, Forense, 1987.

15. 1.º TACivSP, j. 24.5.78, *RT* 519/116.

16. Pontes de Miranda, ob. cit., t. XV/120.

17. Idem, t. XV/114 e 115.

18. Idem, t. XV/7.

19. STF, in *RDireito* 70/292 e 72/340.

20. Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., v. 11/409.

21. Pontes de Miranda, *Tratado*..., t. X/283; *JTARS* 34/185.

22. Pontes de Miranda, *Comentários*... cit., t. XV/62.

23. In *Processo Civil — Compilação de Jurisprudência*, v. II/108; CPC português, art. 143, que reproduz a regra de Direito anterior; Eurico Lopes Cardoso, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 704.

24. Pontes de Miranda, *Comentários*... cit., t. XV/73.

25. Oliveira Conde, *Embargos de Terceiro*, p. 9.

26. Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., v. 11/455.

27. Carlos Alberto Oliveira, *Da Alienação da Coisa Litigiosa*, pp. 97 e 101.

28. Idem, p. 179.

29. Idem, pp. 244 e ss.

30. Idem, p. 197.

31. Pontes de Miranda, *Comentários*... cit., t. XV/33, n. 2.

32. *RTJ* 55/732; *RT* 522/11.

33. STF, *Jurisciível* 64/152; Édson Prata, ob. cit., p. 34.

34. Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., v. 11/461.

35. Oliveira Conde, ob. cit., pp. 20, 21 e 41.

36. Idem, pp. 26 e ss.

37. Pontes de Miranda, *Comentários*... cit., t. XV/62.

38. Idem, t. XV/111.

39. Pereira e Souza, *Primeiras Linhas*..., 1858, p. 99.

40. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*..., v. 1/233; Orlando Gomes, *Direito Civil*, p. 459.

41. Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, p. 161.

42. *RTJ* 89/285 e 95/282.

43. *RTJ* 91/257; uma parte da doutrina (José Osório de Azevedo Júnior, *Compromisso de Compra e Venda*, pp. 92 e ss.); 1.º TACivSP, EInfrs 261.552; *RT* 570/127, 564/115 e 568/106; *RTJ* 102.637.

44. Pereira e Souza, ob. cit., p. 81.

45. Pontes de Miranda, *Comentários*... cit., t. XV/238; em sentido contrário Luís Ambra, *Embargos de Terceiro*, p. 7.

46. STF, *RT* 527/268-273.

47. Antônio Joaquim Ribas, *Processo Civil*, v. 2/413, Rio, Dias da Silva Júnior Editor, 1879.

48. José Osório de Azevedo Júnior, ob. cit., pp. 60 e 92 e ss.

DOEXCELSO STJ