

EMBARGOS DE TERCEIRO E O DIREITO DE RETENÇÃO

Geiza Tavares da Costa¹

Ana Beatriz F. Rebello Presgrave²

RESUMO

Os embargos de terceiro são uma ação de conhecimento que tem por objetivo livrar da constrição judicial injusta bens que foram apreendidos em um processo no qual o seu proprietário ou possuidor não é parte. O presente artigo tem por objetivo fazer a análise da aplicação do direito de retenção nos embargos de terceiro, verificando se há possibilidade de relação de compatibilidade entre os mesmos. Partindo dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais relevantes e atuais no que se refere a matéria. Considerando a sua natureza jurídica, assim como o direito de retenção, sua definição e aplicabilidade como um meio de defesa outorgada ao credor.

Palavras-Chave: Embargos de terceiro. Ações Possessórias. Direito de retenção.

ABSTRACT

Third embargoes are a stock of knowledge which aims to get rid of the unfair judicial constraint goods that were seized in a process in which the owner or possessor is not part . This article aims to review the implementation of the lien in the third embargoes , checking for possible compatibility relationship between them. Based on the doctrine and case placements more relevant and timely regarding the subject. Considering his legal status as well as the right to hold, its definition and applicability as a defense granted to the lender.

Keywords: Third embargoes. Shares possession. Right of retention.

¹ Pós-graduanda do Curso de Processo Civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: geizatc@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Processo Civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: biarebello@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Toda relação processual é formada por um triângulo, qual seja, o autor, o réu e o Estado-juiz, os quais os efeitos não devem ultrapassar as partes que o compõem. Por isso, a sentença que representa à prestação jurisdicional no processo de conhecimento, só faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros (art. 506, CPC/2015).

Contudo, a decisão pode gerar consequências indiretas ou reflexas que podem afetar outras relações da parte com terceiro, cujo efeito prático vai depender do direito debatido no processo.

No processo de execução, a atividade satisfativa do Estado se desenvolve por meio de uma relação jurídica onde o credor figura no polo ativo, e o devedor no polo passivo. Sendo assim, são os bens do devedor que deverão ser atingidos pelas medidas constritivas que tem como objetivo a preparação e realização da prestação a que o credor tem direito.

Quando o limite da responsabilidade executiva do devedor é ultrapassado, atingindo os bens de quem não é sujeito no processo, comete o poder jurisdicional um esbulho, que não deverá prevalecer em face de quem foi prejudicado de forma ilegítima pela execução forçada realizada contra outrem. Portanto, caso isso ocorra, será facultado ao prejudicado a defesa através de embargos de terceiro, cujo objetivo é reintegrá-lo ou mantê-lo na posse.

Assim sendo, os embargos de terceiro podem ser explicados como medida processual que visa a intervenção de um terceiro que, não sendo parte no processo, sofre constrição ou ameaça de constrição sobre seus bens ou sobre os quais tenha direito incompatível com ato construtivo, o qual poderá se valer para requerer o desfazimento do ato ou sua inibição (art. 674, CPC/2015).

Em relação a natureza jurídica dos embargos de terceiro, Nelson Nery Junior afirma ser uma ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento sumário, cuja o objetivo é liberar o bem ou direito de posse a propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi imposta de forma injusta em processo de que não faz parte. Desta forma, o embargante pretende obter a manutenção ou reintegração

de posse, evitar a alienação do bem ou direito indevidamente constricto ou ameaçado de o ser. (1999, p. 1347)

Porém, em relação ao procedimento dos embargos de terceiro, Vicente Greco Filho afirma que, apesar do mesmo não estar incluído no capítulo destinado às ações possessórias, este constitui um meio genérico de proteção da posse, apresentando uma diferença muito importante, pois nas ações possessórias a violação da posse decorre de ato de particular ou da Administração, por outro lado, nos embargos de terceiro, a violação da posse decorrerá sempre de ato judicial (1987, p. 251). Portanto, na ação de embargos de terceiro o que se objetiva não é o direito das partes em litígio, mas sim atacar o ato judicial que de forma indevida constringiu ou ameaçou o bem de quem não era parte no feito.

Ainda em se tratando de proteção à posse, há outro importante meio de defesa outorgado ao credor, o direito de retenção, que pode ser reconhecido como uma extensão do artigo 476 do Código Civil brasileiro, no qual afirma que, nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes pode exigir o implemento da obrigação do outro antes de cumprida a sua.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o direito de retenção consiste num meio de defesa conferido ao credor, a quem é reconhecida a faculdade de continuar a deter a coisa alheia, mantendo-a em seu poder até que seja indenizado pelo crédito, via de regra, originado das benfeitorias ou de acessões por ele realizadas (2007, p. 196). O direito à indenização por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, com declaração judicial afirmativa na sentença de mérito (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 295). Todavia, o direito de retenção para que seja reconhecido na sentença, deverá ser alegado na contestação.

Assim, conhecendo a utilização dos embargos de terceiro como um meio eficaz para a proteção possessória, e do bom emprego do direito de retenção nas ações possessórias, o presente artigo tem por objetivo fazer a análise da aplicação do direito de retenção nos embargos de terceiro, verificando a possibilidade de haver uma relação de compatibilidade entre os mesmos.

Desta forma, cuidaremos de estudar os embargos de terceiro, sempre utilizando como ponto de partida os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais relevantes e atuais no que se refere a matéria. Analisando a sua natureza jurídica, tomando como base a doutrina e a jurisprudência à luz do atual Código

Civil. Estudaremos o direito de retenção, sua definição e aplicabilidade como um meio de defesa outorgada ao credor. Pretendemos com isso, verificar se é possível empregar o direito de retenção nos embargos de terceiro.

2 DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E HIPÓTESE DE CABIMENTO

O procedimento especial chamado embargos de terceiro encontra-se regulado nos arts. 674 à 681 CPC/2015. São utilizados por terceiro estranho à relação processual, como meio adequado para defender os seus bens contra medidas constitutivas ocasionadas por ato judicial. Portanto, nos embargos de terceiro há a formação de um novo processo, autônomo daquele em que se praticou o ato lesivo de interesse do terceiro.

A prática de ato judicial de apreensão de bens que acaba por atingir coisa pertencente a quem não é parte em um processo, é segundo Theodoro Júnior, um verdadeiro esbulho judicial cometido pelo poder jurisdicional (1997, p. 320). Então, para casos como este é que se criaram os embargos de terceiro, o qual Alexandre Freitas Câmara define muito bem como a demanda que origina o processo de conhecimento de procedimento especial, onde se busca a exclusão de bens do demandante da apreensão judicial, determinada em processo do qual ele não é sujeito. (2013, p. 501)

Em relação aos embargos de terceiro, a doutrina o considera como um meio para se recuperar a posse perdida, embora não se possa defini-lo como uma “ação possessória”, já que o CPC/2015 em seu capítulo III, nos artigos 554 à 568, assim classifica tão somente as ações de manutenção e reintegração de posse e o interdito proibitório. Portanto, não se confundem os embargos de terceiro com as ações possessórias, pois essas ações têm exclusivamente como fundamento a posse turbada ou esbulhada. Além do mais, a turbção ou o esbulho que atingem os bens de terceiro, o que justifica os embargos, é realizado por oficial de justiça em

estrito cumprimento de uma determinação judicial, o que por si só, já descaracteriza o conceito de turbacão e esbulho.

Entretanto, para Cândido Rangel Dinamarco, os embargos de terceiro são, “o ato com que um sujeito, sem ser parte no processo em que se exerceu ou ameaçou o exercício de um ato de constrição sobre bens, postula a liberação deste fundamento de ser dono ou possuidor.” (2009, p. 732). Com base no conceito estabelecido pelo autor, pode até parecer que os embargos de terceiro são um meio de proteção possessória. Todavia, a diferença primordial é, para que se possa propor a ação de embargos de terceiro, o ato que fere o direito possessório precisa ter sido originado sempre de ordem judicial, enquanto que, para se entrar com uma ação possessória é preciso que a violação da posse decorra de ato de particular ou da Administração pública.

Para Alexandre Freitas Câmara, com a definição do instituto, também se estabelece a sua natureza jurídica. Os embargos de terceiro são procedimento especial do processo de conhecimento. (2013, p. 501) Já nas palavras de Nelson Nery Junior, se trata de uma ação de conhecimento, constitutiva negativa de procedimento especial sumário, cujo objetivo é livrar o bem ou o direito de posse a propriedade de um terceiro da constrição judicial que lhe foi imposta injustamente em processo o qual não faz parte. Onde o embargante pretende obter a liberação, através da manutenção ou reintegração de posse, ou evitar a alienação de um direito ou bem indevidamente constrito ou sob ameaça de o ser. (1999, p. 1347)

Já o autor Donaldo Armelin, enfatizou em seu artigo o caráter mandamental da ação de embargos de terceiro, levando em consideração a classificação quinária das ações idealizada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Porém para a corrente doutrinária mais tradicional, a qual admite apenas as ações declaratórias *lato sensu*, desconhecendo as executivas e mandamentais, eles as classificariam como ação desconstitutiva. Contudo, se evidencia a prevalência o tñus mandamental nos embargos de terceiro, na medida em que a desconstricão do objeto da ação se concretiza mediante a ordem judicial que evita ou libera a constrição iminente. (2005, p. 73)

Todavia, para Marcos Destefenni, “os embargos de terceiro têm, em regra e no caso de procedência, natureza de ação de conhecimento de eficácia

desconstituída.” (2010, p. 488). Porém, questionando o pensamento de Armelin, torna-se discutível a natureza mandamental da ação, uma vez que, sendo a ação mandamental, o juiz que proferir a decisão na ação de embargos de terceiro teria que ordenar para ele mesmo a desconstituição do ato construtivo.

Com base nos ensinamentos dos renomados autores, entendemos que a natureza dos embargos de terceiro se baseia no fato do mesma ser uma ação autônoma constitutiva, onde o ato abusivo é desconstituído, considerando que apenas as partes estão sujeitas aos efeitos diretos das decisões judiciais. Ou seja, segundo o art. 789 do CPC, quem tem a responsabilidade patrimonial é apenas o executado.

O cabimento da ação dos embargos de terceiro está regulado nos art. 674 do CPC, disposto na seguinte forma: os embargos de terceiro podem ser opostos durante o processo de conhecimento, desde que, não transitada em julgado a sentença; ou durante o processo executivo, até cinco dias depois da arrecadação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Neste sentido, Theodoro Junior aduz que, se passados mais de cinco dias da arrematação ou adjudicação, não serão mais admitidos os embargos de terceiro, mesmo que, por qualquer razão, a carta não tenha sido assinada. Por outro lado, sendo esta assinada antes dos cinco dias, o prazo para oferecimento dos embargos estará restrito (1997, p. 333-334).

Portanto, podem opor os embargos de terceiro, o terceiro proprietário, inclusive fiduciário ou possuidor. No entanto, equipara-se ao terceiro, para fim de apuração de legitimidade ativa para os embargos, tanto a parte que mesmo figurando nessa condição no processo no qual foi praticado o ato de constrição, defenda bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não são suscetíveis de apreensão judicial, como também, o cônjuge que defenda a posse do bem integrante de sua meação (art. 674, §2º, I, CPC).

Com relação a legitimidade passiva, nas palavras de Antônio Carlos Marcato, “Legitimado passivo é, em princípio, a parte que figura como credora no processo principal no qual se deu a constrição do bem de terceiro.” (2010, p.247). Entretanto,

o devedor, na hipótese de haver nomeado à penhora bem ou direito de terceiro, também poderá figurar no polo passivo como litisconsorte passivo do credor.

E por fim, vale salientar que, nem sempre os embargos de terceiro têm natureza repressiva, segundo Nelson Nery Junior, também se admitem embargos de terceiros com fins preventivos, “a partir da ameaça de constrição judicial o terceiro já pode oferecer embargos preventivos” (1999, p. 1254).

2.2 COMPETÊNCIA

O art. 676 do CPC/2015 determina a competência dos embargos de terceiro, segundo o qual “Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.” Já 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.

2.3 PROCEDIMENTO

Na petição inicial, o embargante fará prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas. (art. 677, *caput*, CPC/2015). Com base no referido artigo, Antônio Carlos Marcato afirma:

“os embargos de terceiro são ação autônoma, dando vida a processo incidente. Processam-se em autos apartados e são distribuídos, por dependência, ao juízo perante o qual tramita o processo onde foi realizado o ato de constrição, em razão da conexão existente entre as respectivas ações.” (2010, p.251)

Todavia, será facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz. Já o possuidor direto também poderá alegar, além da sua posse, o domínio alheio. Quanto a citação, esta será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal.

A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido. (art. 678, *caput*, CPC).

Examinada a inicial, o juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente. Sendo aceito o pedido inicial, 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. Por fim, os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum. (art. 681, *caput*, CPC).

2.4 SENTENÇA

Nos embargos de terceiro a sentença de procedência do pedido é de eficácia executiva imediata. Quanto a sua natureza jurídica, sendo os embargos posteriores à apreensão judicial do bem, a sentença é constitutiva, pois o pedido formulado é de desconstituição da situação criada pela apreensão judicial do bem (CÂMARA, 2013, p.448). Caso haja medida liminar, esta será transformada em definitiva, liberando a caução em favor do autor. Caso não haja, será expedida a ordem de imediata cassação da medida constritiva e a liberação dos bens indevidamente apreendidos.

Em se tratando de ação sumária que age apenas no ato de turbação ou esbulho contido na medida judicial impugnada, não há coisa julgada no domínio disputado pelo embargante. Por isso, nada impede que o terceiro vencido nos embargos venha rediscutir em ação ordinária, a propriedade ou titularidade que fundamentou a propositura da ação principal.

Da sentença proferida nos embargos, o recurso cabível é a apelação, mas para Humberto Theodoro Junior, esta não tem efeito suspensivo quando os embargos opostos pelo terceiro à execução são julgados improcedentes (1997, p.

320). Todavia, tal posicionamento não nos parece adequado, pois o recebimento dos embargos já provoca a suspensão do processo principal, portanto, a sentença que os rejeita também deve possuir efeito suspensivo, com o intuito de preservar a situação do embargante enquanto o seu pedido não é decidido de forma definitiva (DONIZETTI, 2010, p. 1199). Portanto, entendemos que o recurso de apelação interposto contra sentença de improcedência dos embargos de terceiro será recebido no duplo efeito, suspensivo e devolutivo.

3 OS EMBARGOS DE TERCEIRO E AS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Dentre os efeitos da posse, a proteção possessória é o mais importante deles. Pois, a mesma consiste em um meio indireto de defesa da posse, quando esta foi molestada. Deste modo, a proteção da posse se dá através dos interditos possessórios, ou seja, das ações possessórias. Para Misael Montenegro Filho, a ação possessória é a expressão que se apresenta no gênero, desdobrando-se nas espécies da ação de reintegração de posse, da ação de manutenção de posse e da ação de interdito proibitório, todas elas se apoiando na defesa da posse de que afirma o autor ser o seu titular, posse que está sendo esbulhada, turbada ou ameaçada por atos praticados pelo réu, a merecer a proteção perseguida (2010, p.286).

Sendo assim, o primeiro ponto importante a ser esclarecido em relação aos embargos de terceiro é que estes não são remédios possessórios. Pois, somente são consideradas ações possessórias aquelas elencadas nos artigos 554 à 568 do CPC. Consequentemente, as ações possessórias são ações que têm por finalidade exclusiva proteger a posse. Nelas não se discute propriedade, já que, para a defesa dessa categoria de interesse existem as chamadas ações petítórias (COSTA WAGNER JUNIOR, 2009, p. 760-761). Enquanto que os embargos de terceiro objetivam a proteção da posse de uma pessoa, fundada em qualquer direito que lhe atribua ou no domínio sobre algum bem que tenha sido indevidamente constrito.

Além do mais, há que se fazer outra distinção. Os interditos possessórios são ação de conhecimento de rito especial, assim como os embargos de terceiro, todavia, estes são de rito sumário, admissíveis exclusivamente em processo de execução para obstar a prática de atos de sub-rogação judicial sobre a coisa.

Devido a isso, os embargos de terceiro têm momento processual certo para serem opostos e estão sujeitos à preclusão (art. 675, CPC/2015), o mesmo não ocorre com as possessórias, que em regra, não dependem de momento exclusivo para sua propositura e podem ser ajuizadas a qualquer momento.

Neste sentido, observa-se outra diferença no que diz respeito a legitimidade para se propor as ações possessórias e os embargos de terceiro. No primeiro caso a legitimidade ativa é daquele que sofreu a lesão possessória ou seus sucessores, a título singular ou universal. Já a legitimidade passiva é daquele que provocou a lesão possessória ou seus sucessores. Enquanto que os embargos de terceiro podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário ou possuidor. Também se considera terceiro, para ajuizamento dos embargos todos os outros listados no art. 674, § 2º, I à IV do CPC/2015. Todavia, o legitimado passivo é o credor que nomeou o bem, salvo se o mesmo houver sido nomeado pelo devedor. Resumindo, nas palavras de Dinamarco significa dizer que:

“a moléstia judicial a uma posse comportará impugnação pela via dos embargos de terceiro, quer o embargante seja ou não proprietário – isto é quer essa posse seja ou não exercida a título de propriedade. Também o fato do embargante não ser possuidor não significará que deixe de ser terceiro ou que a via escolhida por ele seja inadequada. Significará somente que a parte legítima para os embargos é outra pessoa.” (2009, p.868)

O proprietário sem posse também pode valer-se dos embargos de terceiro. Assim decidiu a Primeira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 684.392/PR:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. EMBARGOS DE TERCEIROS. PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. CABIMENTO. I - A recorrente, apesar de ser titular do domínio do imóvel penhorado, não integrou a relação processual instaurada pela execução fiscal proposta contra pessoa que apenas detém direitos decorrentes de contrato de promessa de compra e venda. II - Os embargos de terceiros constituem meio de defesa de quem não sendo parte no processo venha a sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial, a teor do artigo 1046 do CPC. III - O fato de se tratar de obrigação *propter rem*, onde o próprio imóvel responde pela

dívida por ele gerada, não supre a ausência de citação da recorrente, que mesmo sendo titular do domínio do imóvel penhorado não poderia opor embargos do devedor, uma vez que não é parte na ação de execução proposta, sendo perfeitamente cabíveis os embargos de terceiro opostos. IV - O Tribunal *a quo* ao julgar a causa, não atentou para o direito de defesa garantido à recorrente, pelo que deve o recurso especial ser provido, para que seja desconstituída a penhora, porém, sem prejuízo de que ela seja renovada nos autos da execução fiscal, após a citação regular da recorrente, dando-lhe oportunidade para sua defesa. V - Recurso especial provido. (STJ - REsp Nº 684.392 - PR (2004/0125339-5) - Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO - Julgamento: 18/10/2005- Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA - Publicação: DJ 19/12/2005)

Ao enfrentar o Recurso Especial n. 706.380/PR, a Terceira Turma do STJ reconheceu legitimidade até mesmo o condômino:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. AVALIAÇÃO E EDITAL DE PRAÇA ALCANÇANDO BEM DE TERCEIROS. DIREITO DO CONDÔMINO DE DEFENDER O CONDOMÍNIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NAO CONFIGURADO. Os Embargos de Terceiros constituem remédio processual adequado para que alguém estranho ao Processo de Execução defenda bem ameaçado equivocadamente de expropriação judicial. Pode opor embargos de terceiros o condômino que vê a totalidade do condomínio posta à venda em edital de praça relativo a execução contra outro condômino. No caso, os embargos limitam-se ao resguardo da fração ideal pertencente ao condômino não executado (Código Beviláqua, Art. 623). A circunstância de que a ameaça de expropriação indevida poderia ser afastada mediante simples requerimento nos autos não retira do condômino não executado, o direito de opor embargos de terceiros. (STJ - REsp Nº 706.380 - PR (2004/0169772-3) - Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS - Julgamento: 18/10/2005 - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Publicação: DJ 07.11.2005)

Então vejamos, com base na decisão acima podemos concluir que a legitimidade do proprietário não afasta a legitimidade do possuidor, pois, a ação pode ser manuseada pelo mero possuidor.

Outra diferença muito importante diz respeito a pessoa, ou seja, ao agente que deu causa ao processo. Nas ações possessórias a ação é proveniente de “simples ato de vontade de uma pessoa (física ou jurídica) de molestar direito alheio” (SIMARDI, 1997, p. 69), ou seja, de qualquer pessoa física ou jurídica que esbulhou ou turbou a posse; podendo figurar até mesmo o Estado como esbulhador. Todavia, nos embargos de terceiros a ação é proveniente somente de ato judiciário o qual provocou a constrição de bem de terceiro, como bem nos esclarece Vicente Greco Filho:

“o procedimento dos embargos de terceiro, conquanto não figure no capítulo destinado às ações possessórias, constitui um meio genérico de proteção da posse, com uma diferença: nas ações possessórias, a violação da posse decorre de ato de particular ou da Administração; nos embargos de terceiro, a violação da posse decorrerá sempre de ato judicial.” (1987, p. 251)

Portanto, para Greco os embargos de terceiro são um meio genérico de proteção da posse, porém para Luiz Felipe Silveira Difini, estes são uma ação possessória especial, todavia a origem do ato de turbação ou esbulho é que determinará a utilização dos embargos de terceiro ou o uso das ações possessórias (1992, p. 47). Então, para que não haja mais dúvidas, caso a turbação tenha surgido de ato judicial, a ação adequada são os embargos de terceiro.

Portanto, vale ressaltar que não há que se confundir o ato de particular com ordem judicial, pois no primeiro caso o ato é privativo, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, enquanto no segundo caso o ato é praticado somente pelo Estado. Destarte, os embargos de terceiro atacam o ato do juiz, e a sentença agirá sobre outro processo afastando a lesão derivada do próprio ato judicial, contrário ao interesse do embargante.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. CABIMENTO, TERCEIRO POSSUIDOR, AJUIZAMENTO, AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, HIPOTESE, PERDA, POSSE, IMÓVEL, MOTIVO, CUMPRIMENTO, MANDADO JUDICIAL, INEXISTÊNCIA, OBRIGATORIEDADE, AJUIZAMENTO, EMBARGOS DE TERCEIRO, IRRELEVÂNCIA, ESBULHO, ORIGEM, ORDEM JUDICIAL. A utilização dos embargos de terceiro é facultativa; decorrido o respectivo prazo, o terceiro cuja posse foi turbada por ordem judicial, alegadamente mal executada, pode defendê-la por meio da ação de reintegração. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 150893 SC 1997/0071618-0 - Relator: Ministro ARI PARGENDLER - Julgamento: 11/12/2001- Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Publicação: DJ 25/03/2002 p. 269)

CABIMENTO, EMBARGOS DE TERCEIRO, AÇÃO POSSESSÓRIA, AUSÊNCIA, CITAÇÃO, EMBARGANTE, CUMPRIMENTO, MANDADO JUDICIAL, REINTEGRAÇÃO DE POSSE, IRRELEVÂNCIA, TRÂNSITO EM JULGADO, AÇÃO POSSESSÓRIA. Cabem embargos de terceiro propostos por quem é atingido na sua posse pelo cumprimento de mandado expedido em ação possessória para a qual o embargante não foi citado. Art. 1.046 do CPC. Recurso conhecido e provido.” (STJ - REsp 182189 SP 1998/0052681-1 - Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR - Julgamento: 28/10/1998 - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA - Publicação: DJ 01.02.1999 p. 210)

Assim, podemos concluir que os embargos de terceiro tem sua origem de um litígio que determinou a apreensão de um bem de um terceiro estranho à lide, e que a defesa da posse contra o ato judicial que atinge interesse de terceiro, só pode ser exercida através dos embargos de terceiro, deixando de lado qualquer outro remédio possessório.

4 DA DECISÃO LIMINAR DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

O art. 678 do CPC dispõe sobre a concessão liminar dos embargos de terceiro, o qual oferece ao juiz a opção de deferir liminarmente os embargos se este julgar suficientemente provado o domínio ou a posse determinando assim, a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, assim como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

No entanto, no parágrafo único do referido artigo, o juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Então, após o recebimento da inicial, não sendo caso de seu indeferimento ou de sua emenda, o magistrado poderá determinar a expedição de mandado liminar de manutenção ou de restituição em favor do embargante, porém dependerá da prestação de caução, o que aproxima mais ainda o instituto das ações possessórias, que da mesma forma permitem o deferimento da liminar no início da relação jurídico-processual. (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 413)

Ou seja, para Dinamarco essa antecipação de tutela não depende da urgência, pois é regida por norma específica, da mesma forma que as liminares concedidas em causas possessórias; tanto quanto estas, ela não tem fundamento no poder geral de antecipação disciplinada no art. 300 do CPC/2015, não lhe sendo aplicada assim, o disposto no referido artigo (2009, p. 887).

Portanto, o art. 678 do CPC determina o deferimento do pedido liminar quando for suficientemente provada a posse dos embargos, afastando os requisitos existentes no art. 300 do mesmo diploma legal. Nesse sentido decidiu o TJ do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR DE ARRESTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CAUÇÃO. A cognição do pedido liminar de reintegração de posse deduzido em sede de embargos de terceiro é de natureza sumária, não exaustiva ou definitiva, exigindo, para o deferimento, a prova da condição de terceiro e de sua posse sobre o bem objeto da medida constritiva. Assim, demonstrados suficientemente tais requisitos, incumbe ao juiz o deferimento, de plano, dos embargos para a manutenção da posse ou restituição dos bens. Eventual discussão sobre caracterização de fraude fará parte do contraditório. Contudo, da leitura do art. 1.051 do CPC, constata-se a obrigatoriedade da prestação de caução idônea, para efeito de garantir a devolução dos bens objeto da liminar. AGRAVO PROVIDO, UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70018538207, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 28/03/2007)

Quanto a verificação da posse, esta deve ser sumária e superficial, ou seja, deve a posse ser comprovada de plano com a inicial ou em audiência de justificação previa especialmente designada com esse objetivo. Todavia, essa verificação está relacionada à concessão ou não da liminar, pois se não houver essa comprovação a liminar deve ser indeferida.

Entretanto, se discute na doutrina as consequências do indeferimento da medida liminar. Para Marcos Destefenni, a ação deve prosseguir, independentemente da concessão da liminar, uma vez que a posse poderá ser demonstrada no decorrer da ação (2010, p. 504). Nesse mesmo sentido Nelson e Rosa Nery:

“A verificação da posse nesta fase dos embargos de terceiro é sumária e superficial, destinada apenas a orientar o juiz a decidir se concede ou não a liminar. Não demonstrada a posse, a liminar será indeferida e o processo dos embargos terá prosseguimento sem liminar. O simples indeferimento da liminar não enseja a extinção do processo, nem autoriza a conclusão de que os embargos perderam seu objeto. A prova plena e cabal da posse do embargante deverá ser realizada no momento processual apropriado. Somente a final, quando restar ultrapassado o momento processual de provar-se a posse é que se poderá julgar procedente ou improcedente o pedido deduzido nos embargos.” (2007,p.1058)

Desta forma, a prova da posse desde o início é condição para a concessão da liminar, mas não para o julgamento dos embargos. Portanto, não é caso de extinção dos embargos, mas sim de prosseguimento do feito. Conforme nos ensina Humberto

Theodoro Junior, a medida liminar é uma faculdade e não uma condição de procedibilidade na ação dos embargos, pois “o terceiro pode dispensá-la ou pode prosseguir no feito, para tentar melhor prova de sua posse ou direito, mesmo quando improcedente a justificação inicial”. (2005, p. 291)

Já em relação a natureza jurídica da decisão liminar nos embargos de terceiro, segundo os ensinamentos dos autores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, com base no CPC de 1973, esta tem natureza de tutela antecipatória, pois a decisão visa satisfazer desde logo o embargante. Para eles, se trata de tutela antecipada contra a ilícita constrição judicial. Não sendo necessária a alegação de dano irreparável ou de difícil reparação para a sua concessão. Pois a tutela seria contra o ilícito. Já a antecipação de tutela nos embargos de terceiro independe da alegação de urgência. O legislador infraconstitucional presume a urgência na sua concessão. Porém, o art. 1.051 do CPC/1973 não exige que o embargante alegue e prove receio de ineficácia do provimento final para concessão de tutela antecipatória. Bastaria a verossimilhança das alegações como prova suficiente da posse. A tutela é contra o ilícito e é tomada com base na aparência. Sendo assim, a tutela é da aparência do direito. (2008, p. 921)

Contudo, com base no art. 678 do CPC/2015, o qual se permite a antecipação dos efeitos da tutela com o objetivo de sustar os resultados do ato de constrição judicial, não se exigindo a comprovação do denominado perigo de demora, mas somente da posse, ou qualquer outro direito real do embargante sobre o bem objeto da constrição. Se tratando desta forma, como podemos concluir de tutela antecipada de evidência.

5 EMBARGOS DE TERCEIRO E O DIREITO DE RETENÇÃO

5.1 CONCEITO E NATUREZA JURIDICA

O direito material de retenção encontra-se regulado no art. 917, IV do CPC/2015, incluídos entre os fundamentos para os embargos à execução por título executivo extrajudicial. Já no Código Civil é concedido em algumas situações bastante específicas como forma de fazer valer o possível crédito do executado.

Para Dinamarco, alegar o direito de retenção sobre um bem, significa dizer que o exercício do direito do exequente a este bem, está condicionado a uma contraprestação, onde o executado deverá indenizá-lo por benfeitorias realizadas, e como consequência, enquanto esta prestação não for honrada a execução não prosseguirá (2009, p. 797).

O direito de retenção não é um direito real de gozo, pois somente atribui ao seu titular um direito real de garantia, onde o credor pode recusar-se a entregar o bem até que seja satisfeito o seu crédito. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, o direito de retenção consiste em um meio de defesa outorgada ao credor, que dispõe da faculdade de deter a coisa alheia, mantendo-a em seu poder até ser indenizado pelo crédito originado pelas benfeitorias por ele realizadas. (2007, p. 196).

Em relação a natureza jurídica do direito de retenção, não há um consenso a cerca desse assunto no ordenamento brasileiro. Há quem sustente tratar-se de um direito pessoal, enquanto outros tomando como base o ordenamento português, afirmam se tratar de um direito real oponível *erga omnes*. Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca trata-se de um direito real (1957, p.255 - 256), Paulo Khouiri também afirma a natureza de garantia real do direito de retenção quando assevera que o modo de atuação do mesmo não deixa dúvidas quanto a esse fato (2003, p. 32).

Então, quanto à natureza jurídica do direito de retenção, entendemos ser um direito real de garantia, que busca de uma forma mais bruta forçar o cumprimento da obrigação pelo devedor.

5.2 O DIREITO DE RETENÇÃO NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

A posse da coisa retida pode ser tutelada juridicamente pelo retentor. Todavia, uma das causas extintivas do direito de retenção é a entrega voluntária da coisa a quem a houver reclamado (art. 761, CC/02). No entanto, nos casos em que há esbulho ou até mesmo turbacão ou ameaça da posse, ao retentor é concedido o direito de se valer das ações possessórias (art. 1.210 do CC; art. 554 à 568 do

CPC/2015). Nestas, a retenção por benfeitorias deve ser fixada na sentença, justamente por esta ser mandamental, desta forma, o direito de retenção que possa vir a beneficiar o devedor, deverá ser postulado na contestação, sob pena de decair de seu exercício (THEOTÔNIO NEGRÃO, 1991, p. 339-352).

Portanto, sendo caracterizado o esbulho ou turbação, existirá ofensa indevida a terceiro ou mesmo proprietário da coisa na posse do retentor, sendo assim, diante dessa ilegalidade, o ordenamento jurídico brasileiro admite que o possuidor proponha a ação de reintegração de posse ou de manutenção de posse.

Já nos casos em que o retentor, se já não o for, passar a ser possuidor direto da coisa retida, ao mesmo não se poderá negar o benefício das ações possessórias. Sobre o assunto assevera Medeiros da Fonseca,

“Tornando-se o credor, quando passa da fase de detenção para a de retenção, um possuidor direto da coisa retida, se antes já não o era, não se lhe pode, a nosso ver, negar a proteção dos interditos possessórios.” (1957, p. 305)

Destarte, um dos principais efeitos da posse é a possibilidade de se propor as ações possessórias. Através dessas medidas processuais se objetiva a tutela jurisdicional consolidada na proteção da posse, enquanto situação de fato, rechaçando qualquer forma de agressão ou ameaça.

5.3 OS EMBARGOS DE TERCEIRO PROPOSTOS PELO RETENTOR

Sabemos que por meio dos embargos de terceiro também é possível se pleitear a tutela da proteção possessória. Esta tem por objetivo a desconstituição dos efeitos das decisões judiciais. O código de Processo Civil estabelece o seu procedimento nos artigos 674 em diante, em rito especial, no qual se admite a concessão de medida liminar (art. 678, CPC/2015), tal medida judicial se encontra amparada no direito de terceiro proprietário ou simples possuidor.

Entretanto, no que diz respeito à alegação do direito de retenção por meio dos embargos de terceiro, existe um conflito entre a doutrina e a jurisprudência. Para Pontes de Miranda, os titulares do direito de retenção podem exercer sua exceção

por meio de embargos de terceiro (1958, p. 274). Limongi França compartilha do mesmo entendimento, e ainda destaca quais são os requisitos básicos para se opor o direito de retenção nos embargos de terceiro, são eles: que o retentor não deverá ter sido parte no processo; que o mesmo tenha sofrido turbação ou esbulho na posse da coisa retida; que a referida turbação ou esbulho tenha sido causado por ato de apreensão judicial, nas suas diversas manifestações (1979, p. 49 – 51).

Porém, ao se verificar a aplicação desta possibilidade na jurisprudência não encontramos compatibilidade entre o direito de retenção e os embargos de terceiro. Então vejamos,

EMENTA: AÇÃO DE RETENÇÃO DE IMÓVEL POR BENFEITORIAS - ART. 1.219, CC - ILEGITIMIDADE DA AUTORA CONFIGURADA - AÇÃO AUTÔNOMA - IMPOSSIBILIDADE. O direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis é assegurado ao possuidor de boa-fé, de acordo com o art. 1.219, do Código Civil, não podendo ser exercido pelo coproprietário do imóvel, uma vez que este não tem o dever de restituir o bem. Ademais, o direito de retenção não pode ser exercido em ação autônoma, uma vez que se trata de exceção cabível em ações possessórias e petítórias.

Aqui, podemos verificar claramente que o direito de retenção, previsto no art. 1.219, CC, além de não poder ser exercido em ação autônoma, também se trata de uma exceção oponível em ações possessórias e petítórias. Ou seja, o direito de retenção não se coaduna com a finalidade precípua dos embargos de terceiros, a saber, a exclusão da constrição judicial, que não se confunde com sua mera suspensão.

Este também é o entendimento Relator Des. Brandão Teixeira da 5ª Câmara Cível TJMG, para ele é absolutamente imprópria a utilização de embargos visando retenção por benfeitorias:

"EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. Pela via dos embargos de terceiro busca-se defender a posse do bem diante de injusta turbação ou esbulho decorrente de apreensão judicial. Os embargos de retenção, por sua vez, restringem-se às execuções para entrega de coisa certa, fundadas em direito real ou em direito pessoal do credor sobre a coisa, podendo ser utilizado pelo devedor ou pelo terceiro para ressarcir-se pelas benfeitorias indenizáveis feitas no bem (arts. 628 e 744, do CPC). Visa-se com aqueles evitar que o credor receba a coisa acrescida de melhoramentos, locupletando-se indevidamente. Tratando-se de execução por quantia certa, em que os bens do devedor devem ser alienados para satisfação do credor, é absolutamente imprópria a utilização de embargos visando retenção por benfeitorias, porque aqui são irrelevantes os melhoramentos realizados na coisa, pelo devedor ou pelo terceiro que a detém (art. 592, III, do CPC)."

(TAMG, 5a Câmara Cível, Apelação Cível nº 309.011-5, Relator Des. Brandão Teixeira, julgamento em 21/09/2000).

Portanto, entendemos que os embargos de terceiro se limitam apenas à manutenção ou restituição da posse ao terceiro, através da desconstituição do ato de apreensão judicial, não sendo a sede adequada para se obter a retenção de benfeitorias. Esse direito deve ser buscado pelo devedor na fase de execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real, ou em direito pessoal sobre a coisa.

6 CONCLUSÃO

Os embargos de terceiro são uma ação utilizada por terceiro estranho à relação processual, como meio mais adequado para defender os seus bens contra medidas constritivas geradas por ato judicial. Há a formação de um novo processo autônomo daquele onde se praticou o ato lesivo de interesse do terceiro. Sua natureza jurídica é de procedimento especial do processo de conhecimento com tónus mandamental.

É sabido que o que determina o caráter possessório da ação não é o pedido, mas a causa de pedir. Portanto, somente será considerada possessória a ação que tem por fundamento exclusivamente a posse. Logo, os embargos de terceiro não podem ser incluídos dentre as ações possessórias, uma vez que estes objetivam a proteção da posse de uma pessoa, fundada em qualquer direito que lhe seja atribuído, ou no domínio sobre algum bem que tenha sido indevidamente constrito.

Além do mais, nos embargos de terceiro o ato que fere o direito possessório sempre se origina de uma ordem judicial, enquanto que nas possessórias a violação da posse decorre de ato de particular ou da Administração. Estes também têm momento processual especial para serem opostos e estão sujeitos a preclusão, por outro lado as possessórias, em regra, não dependem de momento exclusivo para a sua propositura e podem ser ajuizadas a qualquer momento. Porém, as distinções não param por aí, as ações possessórias são ação de conhecimento de rito especial, e os embargos de terceiro são de rito sumário, admissíveis exclusivamente

em processo de execução para impedir a prática de atos de sub-rogação judicial sobre a coisa.

Em relação a concessão liminar dos embargos de terceiro, dispõe o art. 678 do CPC, que o juiz tem a opção de deferir liminarmente os embargos se este julgar suficientemente provado o domínio ou a posse, motivando assim, a suspensão das medidas constritivas sobre os bens que foram objeto dos embargos, assim como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

Quanto a natureza jurídica da decisão liminar nos embargos de terceiro, tomando como base no art. 678 do CPC/2015, concluímos que se trata de tutela antecipada de evidência. Pois, se acolhe a antecipação dos efeitos da tutela com a finalidade de cessar os resultados do ato de constrição judicial, sem se exigir a comprovação do denominado perigo de demora, mas somente da posse, ou qualquer outro direito real do embargante sobre o bem objeto da constrição.

Nas ações possessórias, o direito de retenção por benfeitorias realizadas é amplamente utilizado e se encontra amparado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Todavia, tal prerrogativa é uma faculdade atribuída ao possuidor de boa-fé de reter a coisa, até que seja indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas na mesma. Quanto a sua natureza jurídica, entendemos ser um direito real de garantia, que busca de uma forma mais agressiva forçar o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Entretanto, em se tratando do direito de retenção pela via dos embargos de terceiro, verificamos que existe um conflito entre a doutrina e a jurisprudência. Para esta, os titulares do direito de retenção podem sim exercer sua exceção por meio de embargos de terceiro, desde que o retentor não tenha sido parte no processo, que o mesmo tenha sofrido turbação ou esbulho na posse da coisa retida e que a referida turbação ou esbulho tenha sido causado por ato de apreensão judicial.

Porém, ao pesquisarmos a jurisprudência esta possibilidade não se mostrou viável. Verificamos que o direito de retenção, além de não poder ser exercido em ação autônoma, também diz respeito a uma exceção oponível apenas em ações possessórias e petitórias. Isto é, este direito não se coaduna ao objetivo primordial dos embargos de terceiros, que é a exclusão da constrição judicial, que não se confunde com sua mera suspensão.

Deste modo, entendemos ser absolutamente imprópria a utilização de embargos de terceiro visando retenção por benfeitorias, pois estes se restringem somente à manutenção ou restituição da posse ao terceiro, através da desconstituição do ato de apreensão judicial. Esse direito deve ser buscado pelo devedor na fase de execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real, ou em direito pessoal sobre a coisa.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARMELIN, Donaldo. **Dos Embargos de Terceiro**. Revista de Processo nº 62. p. 40-60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil** – 19. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COSTA WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme. **Processo Civil**. - 3. ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Embargos de Terceiro**. – 1. ed.- Rio de Janeiro: Aide, 1992.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil 3: processo cautelar e procedimentos especiais** - 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. - 3 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. - 13 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Direito de Retenção**.- 3. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FRANÇA, R. Limongi. **Direito de retenção por benfeitorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. - 3. ed.- São Paulo: Saraiva, 1987.

KHOURI, Paulo. R. Roque. A. **A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro**. Trabalho apresentado no curso de mestrado em Direito da Universidade de Lisboa, setembro de 2003.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. - 14 ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais** – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. - 4 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. - 10 ed.- São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. - 2 ed. - Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXII.

SIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção Processual da Posse**. - 1 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – procedimentos especiais**. - 35 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEOTÔNIO NEGRÃO. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**- 21.ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.