

O PRAZO DOS EMBARGOS DE
TERCEIRO DO ARTIGO 792, §4º, DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

**O PRAZO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO DO ARTIGO 792, §4º, DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL***

**THE TERM FOR THIRD-PARTY DEFENSE ON ARTICLE 792, § FOURTH, OF
THE CIVIL PROCEDURE CODE**

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

RESUMO

A introdução na norma processual a respeito de um procedimento específico na fraude à execução, consistente na necessária intimação de terceiro que possa ser atingido, para que ajuíze embargos de terceiro no prazo de quinze dias, tem gerado divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da existência de limitação temporal mais restrita para o ajuizamento de tal medida, em oposição ao regramento geral temporalmente mais extenso. O trabalho se propõe a demonstrar que o direcionamento menos restritivo estaria mais conforme à disciplina processual como um todo, possibilitando ao terceiro o amplo exercício do direito constitucional de ação, frente à existência de ato judicial construtivo de seu bem, a concluir pela inexistência de antinomia entre as normas processuais em debate, mas uma necessária convivência entre elas.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRECLUSÃO.

ABSTRACT

The introduction in the procedural Law regarding a specific proceeding on the fraud against creditors, consisting in a mandatory notice of third-party that could be affected

*ARTIGO RECEBIDO EM MARÇO/2020 E APROVADO EM JULHO/2020.

to file third-party defense in a fifteen-day deadline, has been generating dispute among doctrine and jurisprudence about the existence of a more restrict temporal limitation for filing such defense, in opposition to the more time-extended general rule. This work proposes to display that a less restrictive approach could be more conforming to the procedural discipline as a whole, allowing to the third-party ample exercise of the constitutional right to bring a lawsuit, facing the existence of an attachment on their asset from a judicial decision, in order to conclude for the inexistence of antinomy between the procedural rules in debate, but a necessary coexistence between them.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE LAW. FRAUD AGAINST CREDITORS. THIRD-PARTY DEFENSE. PRECLUSION.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ou Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015 (BRASIL, 2015) trata, em seu artigo 792, do instituto processual da fraude à execução. Também dispõe sobre a ação de procedimento especial denominada embargos de terceiro, nos artigos 674 a 681. Regramentos processuais semelhantes já estavam presentes na codificação anterior, de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), porém a nova disciplina processual lhes trouxe alguns incrementos e modificações, não sem a reboque também implementar novos debates.

Dentre essas inovações se encontra uma ligada à situação de cruzamento entre ambos os institutos. Na fraude à execução, disciplinou-se um procedimento, com a necessária intimação para apresentação de defesa (contraditório) face ao terceiro cujo bem possa ser atingido por eventual ato judicial construtivo decorrente do reconhecimento da fraude, bem como um prazo próprio para a oposição de embargos de terceiro contado a partir dessa intimação, de quinze dias, sem expressamente dispor sobre qual seria a consequência para o terceiro quando verificada a extrapolação desse prazo.

O presente trabalho se dedicará não a aprofundar nos institutos da fraude à execução e dos embargos de terceiro, mas no supracitado procedimento criado pelo CPC/2015 e um aparente conflito entre as normas que dispõem sobre o prazo para ajuizamento dos embargos de

terceiro, identificadas tanto na doutrina brasileira quanto em acórdãos pesquisados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em linhas gerais, segundo Candido Rangel Dinamarco, o instituto processual da fraude à execução trata das situações em que se constata a prática de ato de disposição ou oneração de coisa depois de instaurado um processo no qual o ato em questão torne imediata ou futuramente impossível a satisfação de obrigação judicialmente imposta àquele que praticou o ato de disposição (2019, p. 423). A fraude à execução, diferentemente da fraude contra credores (que é instituto de direito material e disposto no Código Civil, artigos 158 a 165) trata de situações objetivas e não perquire pela existência de *eventus damni* (prejuízo ao credor) nem pela constatação de *consilium fraudis* (intenção fraudatária ou elemento subjetivo), tampouco exige o manejo de ação própria, podendo ser decidida incidentalmente no processo, sempre que apontada e confirmada a presença de seus requisitos objetivos.

Já os embargos de terceiro, conforme anota Humberto Theodoro Jr., são ação destinada a proteger a propriedade ou a posse, fundamentados em direito pessoal ou real, onde se discute a legitimidade da constrição judicial sobre o bem de terceiro (2017b, p. 671). O CPC/2015 trouxe uma previsão mais ampla de hipóteses de admissibilidade dessa ação de rito especial, abarcadas nos quatro incisos do §2º do artigo 674, sempre destinadas ao afastamento, preventivo ou repressivo, de ato judicial constritivo que seja incompatível com o direito alegado pelo embargante, consoante exposto por Rita de Cássia Correia de Vasconcelos (2018, p. 430).

Uma das hipóteses previstas – e bastante comum – do manejo de embargos de terceiro se encontra quando há o reconhecimento da fraude à execução e a possível constrição judicial de bem que se acha na propriedade (ainda que fiduciária) de terceiro, tal como previsto no inciso II, do §2º, do artigo 674, que legitima para a ação “o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução”. Observe-se, inicialmente, que referido parágrafo está a mencionar expressamente uma situação já ocorrida, isto é, há uma constrição atual e que é decorrente de decisão judicial prolatada

anteriormente, que haja reconhecido a fraude à execução em determinado processo.

Como ação destinada a evitar ou a desconstituir ato judicial construtivo, os embargos de terceiro podem ter, como já colocado, respectivamente natureza preventiva (defensiva) ou repressiva (desconstitutiva), a teor do que dispõe o *caput* do artigo 674 do CPC/2015. Esse caráter preventivo, ausente na codificação anterior, foi consolidado pela novel legislação processual, que expressamente dispõe, no supracitado artigo, que a ação cabe àquele que “sofrer constrição ou ameaça de constrição”. Trata-se de evidente privilégio ao direito constitucional de ação, presente em outras formas de provocação jurisdicional a fim de ser evitada a lesão a direito, tal como apontam Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2017):

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

Tradicional e sedimentada processualmente com esse seu específico objeto, a ação de embargos de terceiro possui prazo de certa forma generoso para sua interposição, disciplinado pelo artigo 675 do CPC/2015 (com redação similar à codificação processual anterior), o qual permite seja manejada a qualquer tempo, no processo conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença. Em procedimentos de feição executiva (cumprimento de sentença e processo de execução) o prazo é de até cinco dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, vedando-se o ajuizamento se já houve a assinatura da respectiva carta.

Todavia, os debates e a intranquilidade sobrevieram com a redação dada pelo artigo 792, §4º, do CPC/2015, que trouxe, no âmbito da fraude à execução, prazo consideravelmente menor para o ajuizamento dos embargos, inserindo-o na padronização proposta para os principais prazos processuais, de quinze dias úteis, sem especificar quais efeitos se desencadeariam do manejo de ação fora desse prazo, tanto de natureza processual como material. Aí está, dessa forma, a proposta de investigação deste trabalho.

2. O PROCEDIMENTO PREVISTO PELO ARTIGO 792, §4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao tratar da fraude à execução, o legislador criou, no CPC/2015, a necessidade de intimação prévia do terceiro para responder ao pedido de reconhecimento de fraude à execução, antes que possa o juiz efetivamente decidi-lo. Ou seja, antes que possa o juiz deliberar sobre a presença dos elementos caracterizadores da alegada fraude, e assim declará-la para fins de pairar ineficácia, em relação ao credor, sobre a alienação fraudulenta, deve o terceiro ser intimado na forma do §4º do artigo 792. Assim é o que observa Humberto Theodoro Jr.:

O CPC/2015, por isso, foi expresso em determinar, no §4º do art. 792, que, “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”. Assim, ao invés de manifestar-se nos próprios autos, deverá o adquirente opor embargos de terceiro (2017a, p. 361).

A primeira questão que se impõe compreender seria a respeito de eventual nulidade no reconhecimento judicial da fraude à execução sem a existência dessa prévia intimação. Essa indagação inicial parece ter resposta afirmativa, havendo notada consonância entre a doutrina e julgados mais recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

As críticas, quando surgidas, não se direcionam quanto à existência do procedimento em si, mas quanto à sua feição. A principal delas reside no fato de impor-se o manejo de *ação* como meio de manifestação prévia do

terceiro, conforme observa Rita Dias Nolasco (2014): “a obrigatoriedade da intimação do terceiro adquirente para a oposição de embargos de terceiro deveria ser imposta após o reconhecimento da fraude”. Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1147), conquanto elogie a função fundamental do procedimento em privilégio ao princípio do contraditório, tece críticas à necessidade de criação de um incidente, via embargos de terceiro, preferindo que o interessado viesse a se manifestar, sobre o pedido de declaração de fraude à execução, nos próprios autos.

De todo modo, colhem-se exemplos de julgados do Tribunal Estadual paulista a respeito da necessidade de intimação do terceiro antes da decisão sobre a fraude à execução ser tomada pelo juiz, impondo a constatação de uma nulidade quando não obedecida a disposição contida no §4º, do artigo 792 do CPC/2015, conforme exemplos de julgados cujas ementas seguem adiante transcritas:

Ação de execução de título extrajudicial – contrato de locação – necessidade de intimação do terceiro adquirente antes ser declarada a fraude à execução – aplicação do artigo 792 parágrafo 4º do CPC 2015 – fraude à execução afastada até que seja cumprida a exigência legal – agravo de instrumento provido em parte (BRASIL, 2017b).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Condomínio. Cumprimento de sentença. R. decisão agravada que declarou a ineficácia do contrato de alienação fiduciária envolvendo o bem penhorado, por fraude à execução. Falta de intimação do terceiro adquirente antes do decreto de fraude à execução. Necessidade. Inteligência do art. 792, § 4º, do CPC. Devido processo legal. Anulação da r. decisão agravada. Oportuna análise da alegada fraude à execução, após a intimação do terceiro adquirente. Recurso prejudicado. Anulação, de ofício, da r. decisão agravada, com determinação (BRASIL, 2019b).

Conclui-se primeiro, assim, ser obrigatório, antes do reconhecimento da fraude, a intimação do terceiro adquirente para se quiser, opor embargos de terceiro, segundo dispõe o §4º do artigo 792. Seguindo-se à necessária intimação do terceiro, abre-se a ele a oportunidade

de propor embargos de terceiro (ou incitação para tanto), no prazo de quinze dias.

Observa-se um julgado em sentido diverso proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2017, da relatoria do Desembargador Fábio Podestá, da 5ª Câmara de Direito Privado (BRASIL, 2017a), no qual o magistrado não encontra nulidade na ausência da intimação do terceiro, eis que estaria preservada a ele a possibilidade de manejo dos embargos de terceiro na modalidade repressiva disciplinada pelo artigo 674 do Código de Processo Civil:

Da mesma forma, não há que se falar em nulidade, por violação à regra processual (§ 4º, do artigo 792, do NCPC). Isto porque, a ausência de intimação prévia dos adquirentes do veículo não lhes causa qualquer prejuízo, pois remanesce o direito de opor embargos de terceiro, conforme preconiza o artigo 674, do NCPC.

Ocorre que a posição precedente do procedimento criado em 2015 parece colocar os embargos de terceiro previstos na fraude à execução (§4º) dentro de sua modalidade preventiva, pois ainda não há decisão judicial a esse respeito, mas apenas uma evidente ameaça ainda não concretizada. O manejo de uma ação equivaleria, portanto, não só ao exercício do contraditório, mas o de defesa contra o pedido de declaração de fraude à execução, e essa inserção de uma ação como meio impugnatório (defesa) encontrou críticas no seio doutrinário, sendo dignas de nota as de Gerson Amaro de Souza (2016) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1147) por representar técnica processual não adequada, ao passo que a fixação de um prazo aparentemente preclusivo, não poderia, em tese, limitar o direito de ação de terceiro estranho ao processo. Esse caráter defensivo e preventivo é sustentado por Gerson Amaro de Souza (2016):

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

A feição dos embargos de terceiro em tal hipótese, aqui há de se concordar, afasta qualquer possibilidade de se enquadrarem como de cunho desconstitutivo, encerrando-os definitivamente como de caráter defensivo-preventivo, o que começa a indicar a impropriedade de eventual conclusão pela perempção ou preclusão do prazo de quinze dias para defesa de direito material do terceiro, frente às demais hipóteses permissivas dos embargos de terceiro disciplinadas pelo próprio CPC/2015.

Nas hipóteses em que haja pedido de reintegração ou manutenção provisória na posse, o artigo 678, parágrafo único, do CPC/2015 determina que “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”. Em julgamento a respeito da aplicabilidade da caução nos embargos de terceiro tratados pelo artigo 794, §2º, do CPC/2015, o Desembargador Cerqueira Leite (BRASIL, 2018d), da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aponta para o regime próprio dos embargos de terceiro quando utilizados de forma preventiva no pedido de fraude à execução, em que não haveria necessidade, tampouco compatibilidade, com a exigência de caução prevista para a manutenção ou reintegração de posse:

No momento, cogitando a exequente Comercial da Obra de fraude de execução, a autora dos embargos de terceiro tão-só foi intimada

nos termos do art. 792, §4º, do novo CPC antes de ser declarada a fraude à execução.

O ajuizamento de ação de embargos de terceiro, portanto, precede toda e qualquer medida constritiva sobre imóveis, e mesmo, em nome do contraditório, a declaração de fraude à execução na alienação desses imóveis.

Logo, se não é premente alguma medida constritiva, a prestação de caução é desnecessária, cujo pressuposto vem a ser a ameaça à posse.

Há que se concluir, assim, que o artigo 792, §4º, do CPC/2015 está a tratar unicamente da hipótese de manejo dos embargos de terceiro em sua modalidade preventiva, advindo a possibilidade de questionar a presença de uma antinomia entre a disposição normativa de prazos diferenciados para os embargos de terceiro nessa modalidade e aquele previsto pelo artigo 674 e seus incisos, especialmente o inciso II, que trata de seu manejo repressivo em face de contração judicial advinda da declaração de fraude à execução em processo que o terceiro não faça parte.

3. APARENTE ANTINOMIA ENTRE O ARTIGO 792, §4º, E OS ARTIGOS 674, §2º, II, E 675 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Exposta a questão atinente ao novel prazo para o ajuizamento dos embargos de terceiro no âmbito da fraude à execução, impõe saber, o prazo de quinze dias ora em análise estaria apto a afastar ou sobrepor, ou não, o prazo geral disciplinado pelo artigo 675 do Código de Processo Civil? Ou seriam prazos coexistentes e compatíveis, não havendo que se falar em antinomia?

Desde as discussões anteriores à aprovação do novo Código de Processo Civil, enquanto ainda se debatia o projeto da reforma processual, já se reconhecia necessária uma separação de tratamento entre as hipóteses de embargos de terceiro, como supra demonstrado. No IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas, ocorrido em Belo Horizonte em dezembro de 2014, foi reafirmado e atualizado o Enunciado de número 191, a dispor que “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” (2014).

Quanto ao texto que se tornou definitivo, sobreveio o Encontro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em 2015, tendo sido aprovado o Enunciado de número 54, que afirma: “A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, caput, do mesmo código” (2015). Alguns autores compartilham com a ideia da existência de preclusão ou extemporaneidade, tais como Cassio Scarpinella Bueno: “O prazo para os embargos de terceiro neste caso é de quinze dias, que deve prevalecer sobre a regra genérica do art. 675, *caput*” (2015, p. 488) e Fernando Gajardoni: “Trata-se de prazo preclusivo (Enunciado 54 da ENFAM), o qual, uma vez encerrado, afasta a possibilidade de que sejam apresentados embargos de terceiro pelo adquirente” (2017, p. 108).

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na linha do Enunciado número 54 da ENFAM e de parte da doutrina, há uma aparente consolidação de que os quinze dias representariam prazo preclusivo, ou que o manejo dos embargos de terceiro após esse prazo seria extemporâneo, as duas hipóteses redundando no mesmo resultado, qual seja a extinção do processo sem julgamento de mérito e a aparente impossibilidade, por qualquer meio, da defesa do direito material do terceiro atingido pela declaração de fraude à execução.

Importa ser notada a extinção sem julgamento de mérito, indicando não haver entendimento de que se trata de prazo decadencial a afetar o direito de terceiro. A problemática observada é que o direito em questão não é do exercício de ato processual (que poderia ser afetado pela preclusão) e sim de natureza material (defesa da propriedade ou da posse).

Em obra destinada a aprofundar o tema da preclusão processual, Maurício Giannico (2005, p. 80) expõe que a doutrina moderna considera a preclusão como um fenômeno endoprocessual, apto a produzir efeitos unicamente dentro da seara do processo. Para o autor, “não seria nem mesmo lógico que a preclusão extrapolasse os limites do processo e que,

além dos sujeitos processuais, incidisse também sobre entes que não têm qualquer interesse na demanda posta em juízo”.

Sendo a preclusão um fenômeno processual, ou endoprocessual como denominado pela doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1147) e de Maurício Giannico (2005, p. 80), sua consequência somente poderá ser a de atingir direitos das partes para dentro (do prefixo grego “endo”) daquele processo, não de terceiros, e muito menos seus direitos materiais como é o caso da defesa da propriedade e da posse. Não se poderia, com a nomenclatura de preclusão, declarar perda do direito (decadência) ou do exercício do direito de ação (prescrição).

Porém, aplicando extensivamente o Enunciado nº 54 da ENFAM e de forma literal o disposto no artigo 792, §4º, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem majoritariamente decidindo, em julgados recentes, que os embargos de terceiro ajuizados após o interstício de quinze dias seriam inadmissíveis, ora reconhecendo na hipótese uma preclusão, ora apontando de maneira mais singela para sua intempestividade. A consequência para as decisões do Tribunal, qualquer seja o caso, é o de determinar a extinção do processo sem julgamento de mérito, efetivamente tolhendo do terceiro a possibilidade do manejo dessa espécie de ação para a defesa do direito de propriedade ou de posse.

Colhem-se, para efeito de debate, julgamentos proferidos nos anos de 2018 e 2019 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dos quais serão pinçadas, no voto de seus respectivos relatores (todos os acórdãos foram decididos por votação unânime) as razões de decidir. Em acórdão sob a relatoria do Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, da 19ª Câmara de Direito Privado (BRASIL, 2018b), o magistrado aponta do que entende ser uma “regra específica” prevalecente sobre a regra geral (do artigo 675):

Entretanto, respeitado o entendimento perfilhado pela magistrada, reputo que, no caso em apreço, deve prevalecer a regra de aplicação específica à hipótese em apreço a que alude o artigo 792, § 4º, do Código de Processo Civil, considerada para tanto a sua especialidade em relação norma geral prevista no artigo 675, caput, do mesmo

codex. [...] Mas dúvida não há remanescer no sentido de que se faz impositiva a aplicação ao caso da regra específica que preconiza que o terceiro adquirente deverá ser intimado para, se quiser, opor embargos de terceiro, no prazo de 15 dias (CPC, 792, § 4º), norma que deve prevalecer sobre a disposição genérica contida no artigo 675, caput, do Código de Processo Civil.

Em sentido semelhante, a Desembargadora Heloísa Martins Mimessi, relatora de acórdão prolatado pela 5ª Câmara de Direito Público (BRASIL, 2019a), reconhece a intempestividade quanto ao que chama de uma “situação excepcional” prevista no caso dos embargos de terceiro dirigidos em face da fraude à execução:

Em que pesem os argumentos levantados pelo apelante, é fato que os embargos de terceiro por ele opostos são manifestamente intempestivos, tal qual reconhecido na r. sentença recorrida. A despeito de o Código de Processo Civil prever prazo de cinco dias como regra geral para a oposição dos embargos de terceiro (art. 675, caput), é fato que, em se tratando de fraude à execução, prevalece a situação excepcional enunciada no art. 792, § 4º, o qual prevê prazo de quinze dias para o manejo dos embargos (BRASIL, 2019).

Por fim, a relatora Desembargadora Marcia Dalla Déa Barone, da 2ª Câmara de Direito Privado (BRASIL, 2018c), novamente fazendo menção à “intempestividade”, manteve entendimento esposado pela decisão recorrida que havia promovido a extinção dos embargos de terceiro sem julgamento de mérito.

Desse modo, ante a existência de prazo específico para a oposição de embargos de terceiro que apresentem a referida causa de pedir, este deve se sobrepor ao prazo geral acima previsto no artigo 675 do Código de Processo Civil. [...] Como consequência, a manutenção da r. sentença apelada, para a extinção sem resolução do mérito da ação, em função da intempestividade dos presentes embargos de terceiro, é medida que se impõe (BRASIL, 2018).

Como visto, o problema é que a terminologia trazida pelo enunciado da ENFAM, bem como a interpretação dada por alguns

doutrinadores e julgados, a respeito da existência de preclusão, não estaria a aplicar corretamente a concepção conceitual desse instituto processual. O que a jurisprudência do tribunal paulista denomina de “preclusão” ou “intempestividade” parece estar indevidamente a tolher direito material do terceiro interessado. É que, repita-se, tais palavras estão associadas a atos processuais, não ao manejo de ações, ainda que incidentais, na qual exista terceiro não participante da relação processual originária.

Em analogia, pode-se observar a existência os embargos à execução (artigo 914 do CPC/2015) como ação destinada ao interesse do executado em perseguir declaração judicial de extinção dívida ou inexigibilidade do título executivo, no prazo decadencial de quinze dias. Mas, nesse caso, figura como executado e não como terceiro, e a necessidade de ação autônoma advém da incompatibilidade do rito executivo com qualquer espécie de defesa, embora se admita, ainda, a interposição da exceção de pré-executividade para discussão temas defensivos que independam de dilação probatória, ou seja, de uma ação de conhecimento como é a natureza dos embargos à execução.

Nessa toada, um número razoável de doutrinadores tem se inclinado para a inexistência de preclusão ou mesmo de qualquer outra forma de supressão do direito de terceiro quando superado o prazo de quinze dias do artigo 792, §4º, do Código de Processo Civil. Fundamentalmente, até poderia haver um sentido lógico no propósito de dispor sobre uma preclusão processual, já que “a preclusão é uma entre as várias técnicas destinadas a evitar a demora do processo” (BEDAQUE, 2017, p. 879). Afinal de contas, o prazo do artigo 675 do Código de Processo Civil é muito mais extenso, mas, lá está mantido mesmo com a ampla reforma processual de 2015. Ocorre que os embargos de terceiro são ação, não ato processual incidental, e os prazos processuais têm que ser úteis, correspondendo à finalidade para a qual foram criados, ensina Arruda Alvim (2017, p. 640), o que não parece ser o caso nas hipóteses ora em debate.

Em raciocínio tangente, Gerson Amaro de Souza (2016) indaga o que aconteceria se o terceiro adquirente deixasse transcorrer o prazo de

quinze dias sem o manejo dos embargos de terceiro, e na linha do quanto aqui exposto, conclui que não se pode tratar de preclusão, pois não se trata de ato a ser praticado para dentro do processo:

Como propor ação não é o mesmo que contestar, fica afastada a possibilidade de preclusão. Preclusão é uma figura processual que somente se aplica na falta de atos que deveria ser praticado dentro do processo. Como os embargos de terceiros são ação, somente poderá ficar sujeitos à prescrição ou decadência e jamais alcançado pela preclusão.

Veja-se que a partir da intimação prevista pelo artigo 792, §4º, do CPC/2015, o terceiro intimado não ingressa como parte, e nem há qualquer indicação do diploma processual que isso venha a acontecer mediante simples incitação para que exerça direito de ação.

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo venha se inclinando para a aplicação do prazo de quinze dias, com consequência preclusiva, um acórdão sob a relatoria do Des. Cláudio Luiz Bueno de Godoy se direcionou em sentido contrário, colhendo parte das lições doutrinárias aqui trazidas, com a fundamentação de que a norma disposta sobre o prazo de quinze dias seria inócua, e sua extrapolação não poderia prejudicar os embargos de terceiro, “desde que, de um lado, a preclusão é fenômeno endoprocessual, ou seja, limitado a atos do próprio processo e, de outro, porque há prazo próprio, no art. 675, para propositura dos embargos de terceiro” (BRASIL, 2018a). No mesmo passo, observe-se a contundente posição de Gerson Amaro de Souza (2016) ao tecer críticas sobre o dispositivo em comento:

Absurdo seria pensar que ultrapassado o prazo de 15 dias, ficaria o adquirente impossibilitado de defender o seu direito por meio dos embargos de terceiro, em face do que dispõe o art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3). A norma constitucional é imperativa em afirmar que nenhuma lei poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Por isso, a disposição do artigo (art. 792, § 4.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), não pode impedir a defesa do adquirente,

mesmo depois de ultrapassado o prazo de 15 dias da intimação referida. Aliás, não é razoável atribuir ao juiz a indicação do momento em que a parte deve propor a ação de seu interesse. Enquanto não ocorrer a prescrição da pretensão ou a perda do direito pela decadência, o interessado sempre terá direito de propor ação para defender seu direito.

A situação pode ainda gerar outras consequências consideráveis, como a seguinte questão: intimado o terceiro, que não apresenta embargos no prazo de quinze dias, não estaria ele legitimado a recorrer da decisão que reconhece a fraude à execução? Há evidentes interesse e legitimidade desse terceiro, como disposto no artigo 996 do CPC/2015: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”.

Nesse caso poderia fazê-lo mediante agravo de instrumento, recurso expressamente previsto pelo artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que o admite “contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”. Notável é a possibilidade de confusão processual causada pelo legislador diante da falta de clareza nesse ponto da reforma processual. Ainda, sob outro aspecto, teria a ausência de interposição dos embargos de terceiro algum efeito desfavorável semelhante à confissão ficta presente na revelia?

Além disso, figurando-se os embargos de terceiro do artigo 792, §4º, com proximidade aos de natureza preventiva, não seria possível ao terceiro, ainda que ultrapassado esse prazo, e na hipótese de decisão que reconheça a fraude, posteriormente determinando a constrição judicial do bem, que manejasse embargos com natureza repressiva?

Igualmente, não se pode olvidar o que prevê o 674, §2º, II, do CPC/2015, que legitima expressamente o terceiro atingido a postular embargos de terceiro na modalidade repressiva, lembrando-se também que não deveria haver, na lei, escritos sem sentido ou validade.

Embora a doutrina trilhe pelo caminho protetivo do direito de ação, nem mesmo ela se encontra unânime quanto ao resultado decorrente

da perda do prazo de quinze dias para o manejo dos embargos de terceiro. Em solução diversa, Heitor Sica afirma que, nesse caso, não há perda “do direito material passível de proteção, mas apenas a perda do direito de o terceiro se valer do procedimento especial aqui em foco, restando-lhe se socorrer do procedimento comum” (2016, p. 60-61).

Em outra interpretação, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a consequência seria, uma vez afastada a preclusão, ser ainda possível a interposição de embargos de terceiro “sem efeito suspensivo automático” (previsto pelo artigo 678 do CPC/2015), mas ainda cabível a suspensão do ato construtivo se demonstradas as hipóteses atinentes à tutela provisória (2019, p. 919). Esse mesmo entendimento se encontra em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (BRASIL, 2016), que em seu voto, afirma que “suprimindo-se esse o efeito suspensivo automático, nada mais diferenciaria os embargos de terceiro de uma outra demanda com o mesmo objeto”. Aliás, referido voto coloca em xeque as conclusões adotadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos acórdãos anteriormente apontados neste trabalho – que decidiram pela extinção dos embargos de terceiro sem julgamento de mérito – ao afirmar não parecer ser justificável, em consideração aos princípios da economia processual e da duração razoável do processo “que os embargos de terceiro sejam extintos, para que uma demanda idêntica seja ajuizada, sob outro *nomem iuris*, diferenciando-se apenas quanto ao efeito suspensivo automático do art. 1.052 do CPC/1973”.

A consonância mais prevalente na doutrina, entretanto, se encontra na afirmação de que, afastada a existência de preclusão ou intempestividade, ainda caberia o manejo de embargos de terceiro de natureza repressiva, com expressa aplicação do previsto no artigo 674, II, do CPC/2015, conforme anotam Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2017):

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.

Por fim, cabe notar que o artigo 675, parágrafo único, do CPC/2015, dispõe que “caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente”, sem cominar qualquer nulidade para a ausência dessa intimação, tampouco modificar o prazo exposto pelo *caput* desse artigo.

4. CONCLUSÃO

Diante da controvérsia exposta neste trabalho, bem como o entendimento aplicado majoritariamente pelo tribunal paulista, e a fim de aplicar uniformemente a legislação federal – tarefa precípua do Superior Tribunal de Justiça – faz-se necessária uma pacificação do entendimento a respeito dos embargos de terceiro na fraude à execução no CPC/2015.

A inovação processual trazida pelo CPC/2015 obviamente teve o intento de regulamentar o procedimento de decretação de fraude à execução, no sentido de abreviar o tempo do processo – homenagem ao princípio da duração razoável (artigo 6º do CPC/2015 e art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)) – mas foi infeliz ao tratar do que pode ser entendido (e de fato o vem sendo de forma majoritária pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) como uma “preclusão de natureza extraprocessual”, a tolher direito de terceiro e o próprio acesso deste à jurisdição. Por isso, a técnica utilizada pelo legislador não passou sem críticas e divergências, como visto.

Ainda que a intenção do legislador fosse criar um procedimento em favor do princípio do contraditório e da presteza da jurisdição, a matéria desse contraditório deveria ser específica e exclusiva quanto aos requisitos da fraude à execução, em manifestação nos próprios autos, e não mediante a propositura de ação de embargos de terceiro, cuja natureza é defesa da propriedade ou a posse, direitos materiais que não poderiam ser disciplinados mediante simples prazo processual de caráter aparentemente preclusivo.

Da maneira como o texto se encontra, todavia, a melhor solução deve ser permitir ainda o manejo dos embargos de terceiro, na modalidade repressiva, caso a fraude à execução seja reconhecida e haja efetiva constrição judicial do bem de terceiro, mesmo que ultrapassado o prazo de quinze dias para o manejo dos embargos preventivos. Isso porque não só prevalente o artigo 675 do CPC, mas pelo entendimento conjunto com o artigo 792, §2º, II, do CPC, que trata da legitimidade ativa para os embargos, considerando a existência de decisão judicial anterior que tenha reconhecido a fraude à execução e tendo como consequência a constrição de bem de propriedade ou posse de terceiro.

Uma decisão que aplique a preclusão ou a intempestividade – desde que obedecido o prazo de cinco dias previsto pelo artigo 675 do Código de Processo Civil – acabaria por negar vigência a ambos artigos de lei, posto que diante da celeuma causada pelo legislador, não há como se interpretar a norma no sentido mais restritivo, ainda mais com a abolição prematura de direitos de natureza material.

De outro lado, se entendida tanto a existência de nulidade da declaração da fraude à execução porque não precedida da intimação legal (situação em que despiciendo o manejo de embargos), como a legitimidade, na qualidade de terceiro, daquele que tem seu bem constrito como decorrência dessa decisão, há de se concluir, pelo regramento disposto pelo legislador e em prol do jurisdicionado, que prevalecem os dois artigos, revelando a possibilidade de ajuizamento dos embargos no modo repressivo, sendo que o disposto no §4º trata somente (e, cabe dizer, equivocadamente) da oposição no modo preventivo – isso quando muito bem poderia simplesmente ter criado um contraditório facultativo nos mesmos autos.

Assim sendo, não há que se falar em antinomia entre o artigo 792, §4º, e os artigos 674, II, e 675 do CPC/2015, eis que, como visto, tratam-se de embargos de terceiro de naturezas diversas, sendo contrário aos preceitos da celeridade e economia processuais o entendimento de que os embargos de terceiro opostos além do prazo de quinze dias – no caso de fraude à execução e existindo a intimação do terceiro – devam ser extintos sem julgamento de mérito.

Além da obediência aos citados preceitos, concluir-se de forma antagônica poderia arredar tanto na conclusão de negativa de vigência ao artigo 674, §2º, II, e 675 do CPC/2015, quanto na consequência mais séria da violação do direito fundamental de ação, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Belo Horizonte, 5 a 7 de dez. 2014. **Carta de Belo Horizonte**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/37808283/FPPC IV - Carta de Belo Horizonte](https://www.academia.edu/37808283/FPPC_IV_-_Carta_de_Belo_Horizonte)>. Acesso em: 05 mar. 2020.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao código de processo civil: v. 1 : (arts. 1º a 317) – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 fev. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 fev. de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.627.608/SP. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, 06 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1560965&num_registro=201501598353&data=20161213&formato=PDF>. Acesso em: 06 mar. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2119790-51.2017.8.26.0000. Relator: Fábio Podestá. São Paulo, 14 set. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10790791&cdForo=0>>. Acesso em 03 mar. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2075971-64.2017.8.26.0000. Relator: Eros Piceli. São Paulo, 12 set. 2017. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10782031&cdForo=0>>. Acesso em: 18 jan. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1011400-05.2016.8.26.0011. Relator: Claudio de Godoy. São Paulo, 2 abr. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11321409&cdForo=0>>. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1008648-10.2017.8.26.0566. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. São Paulo, 4 jul. 2018. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11602086&cdForo=0> >. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1081457-04.2018.8.26.0100; Relatora: Marcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12113578&cdForo=0>>. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2185271-24.2018.8.26.0000. Relator: Cerqueira Leite. São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12088343&cdForo=0>>. Acesso em: 15 fev. de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1001961-78.2019.8.26.0038. Relatora: Heloísa Martins Mimessi. São Paulo, 3 dez. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13143813&cdForo=0>>. Acesso em: 21 mar. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2239910-89.2018.8.26.0000. Relator: Carlos Dias Motta. São Paulo, 29 mar. 2019. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12360663&cdForo=0>>. Acesso em: 04 fev. de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 4

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). **Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil – Enunciados aprovados**. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 04 mar. de 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015**. São Paulo: Método, 2017.

GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**, 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZEI, Rodrigo, GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Embargo de terceiro. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1.ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/181/edicao-1/embargo-de-terceiro>>. Acesso em: 29 fev. de 2020.

NOLASCO, Rita Dias. A responsabilidade patrimonial secundária e a fraude à execução do atual CPC até o novo CPC. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 950, p. 133-161, dez. 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao código de processo civil: v. 10: artigos 674 ao 718**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Gerson Amaro de. O CPC/2015 – procedimento na fraude à execução. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 968, p. 347-374, jun. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao código de processo civil: da execução em geral: volume XV : (arts. 771 a 796)**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Processo de execução e cumprimento de sentença**, 29.ed. São Paulo: LEUD, 2017.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correia de. Dos procedimentos especiais. In: ARRUDA ALVIM, Teresa. (Org.). **CPC em foco - temas essenciais e sua receptividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 390-492.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Advogado.