

não foram partes no processo na fase de conhecimento, podendo tal defesa buscar a proteção da posse de seus bens, não havendo se falar em carência de ação.

- A produção de prova necessária pode e deve ser determinada, mesmo em grau de recurso, pelo Tribunal, conforme art. 130 do Código de Processo Civil, o que impede o julgamento de mérito permitido pelo art. 515, § 3º, do CPC.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.10.015677-8/001 -  
Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Pedro Nelson  
do Nascimento e outros, Pedro Henrique do Nascimento,  
Bruno Henrique do Nascimento - Apelado: Nelson  
de Castro Lopes - Relatora: DES.ª MÁRCIA DE PAOLI  
BALBINO**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA AFASTAR A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO E, DE OFÍCIO, DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2012. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

#### **Notas taquigráficas**

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Ao relatório do douto Juiz sentenciante, acresço que constou do dispositivo da sentença à f. 64:

Pelo exposto, julgo os autores carecedores de ação nos termos do art. 267, VI, do CPC. Condeno os embargantes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade fica suspensa nos termos da LJ.

Foi interposto o presente recurso de apelação pelos embargantes (f. 68/72), pugnando pela reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido formulado na inicial, porque entendem:

a) que, em se tratando de cumprimento de sentença, não são cabíveis embargos à execução, mas sim impugnação, como estabelece o art. 475-L do CPC;

b) que não estão presentes os requisitos para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica;

c) que têm cabimento os embargos de terceiros, haja vista que não são partes no processo principal, mas sim a empresa Ômega Construtora Ltda., da qual são sócios;

d) que os embargos de terceiro consistem em defesa própria de quem, não sendo parte do processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens;

e) que têm legitimidade para opor embargos de terceiros, porquanto deferida a desconsideração da

### **Embargos de terceiro - Carência de ação - Não ocorrência - Reforma da sentença terminativa - Prova necessária - Ausência**

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Embargos de terceiros. Carência de ação. Inocorrência. Reforma da sentença terminativa. Ausência de prova necessária. Art. 515, § 3º, do CPC. Prova determinada.

- Os embargos de terceiros são meio adequado de defesa, a ser utilizado pelos sócios da devedora na fase cumprimento/execução de sentença, se nesta fase houve a desconsideração da personalidade jurídica, já que

personalidade jurídica na fase de execução em desfavor dos sócios da empresa;

f) que não ficou demonstrada fraude ou qualquer outra causa que possa justificar a desconsideração da personalidade jurídica;

g) que não se esgotaram os meios ordinários para a localização de bens possíveis de penhora contra a real devedora, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica.

Intimado (f. 73), o apelado não apresentou contrarrazões (f. 75).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade:

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e isento de preparo por estarem os apelantes amparados pela justiça gratuita (f. 62).

Preliminares.

a) Ausência de carência da ação.

Trata-se de ação de embargos de terceiros ajuizada pelos embargantes, Pedro Nelson do Nascimento, Pedro Henrique do Nascimento e Bruno Henrique, ora apelantes, em que pretendem a reforma da decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual são sócios, Ômega Construtora Ltda., para incluí-los no polo passivo da execução/cumprimento de sentença.

Os embargantes apelam da sentença, em que a MM. Juíza julgou os autores carecedores dos embargos de terceiro, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Alegam que seus embargos de terceiro são meio próprio para se defenderem.

Alegam que não há carência de ação.

Dispõe o art. 267 do CPC:

Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Pois bem. A ação é de embargos de terceiros e foi motivada pela alegada ausência de requisitos para o deferimento da desconsideração da personalidade da empresa Ômega Construtora Ltda., da qual os apelantes são sócios.

No caso, houve desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento da sentença/acórdão de f. 79/84, conforme decisão de f. 58/59.

Os apelantes, sócios da devedora, foram citados para pagar ou embargar, conforme termos da própria decisão de f. 59.

Se se trata de cumprimento de sentença, não cabiam os embargos à execução ou embargos de devedor.

Nos termos da nova redação do CPC, a execução de sentença agora se dá conforme cumprimento de sentença, nos próprios autos, que não admitem embargos, mas apenas impugnação. Vejamos.

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste capítulo.

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

Diante da nova sistemática trazida pela Lei 11.232/2005, a execução de título judicial deixou de ser um procedimento diverso do processo de conhecimento. Conforme é sabido, a regra atual dispõe que o cumprimento da sentença consiste em uma etapa final do processo de conhecimento, dispensando a formação de processo autônomo.

Ora, se os apelantes foram citados para o cumprimento da sentença, ou seja, para pagar em razão da desconsideração da personalidade jurídica, eles podem utilizar os embargos de terceiro para questionar a desconsideração.

Cabíveis, pois, os embargos de terceiros, pelos sócios, na fase de cumprimento/execução de sentença, pois não foram parte no processo na fase de conhecimento.

Lado outro, a iminência da penhora dos bens próprios, decorrência lógica da decisão que os incluiu na execução, equipara-se à turbação ou à ameaça iminente dela.

Logo, os embargos de terceiro são adequados para os apelantes verem decidida a questão levantada, ou seja, a de que teria sido descabida a desconsideração da personalidade jurídica e de que a real devedora tem sede e bens a penhorar, ou seja, indiretamente pretenderam a manutenção da posse de seus bens próprios.

Dispõe o art. 1.046 do CPC:

Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos,

o objetivo dos embargos de terceiro, regra geral, é sempre a proteção possessória. A posse molestada pode estar sendo exercida pelo titular do direito, propriedade plena ou não, como pode estar sendo exercida a outro título e mesmo a nenhum título.

No primeiro caso, o possuidor poderá alegar o seu direito, e isto naturalmente terá consequências, mas poderá unicamente alegar sua posse. No segundo caso, a proteção possessória é a mais ampla possível, para efeito de manutenção ou reintegração. O possuidor poderá, ou não, também

como consequência, alegar o título, pelo qual possua, mas a simples posse é protegida. Até mesmo a posse injusta, conforme dissemos (Comentários ao Código de Processo Civil. Ed. Forense, vol. VI, nº 366, p. 490).

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Daí a existência dos embargos de terceiro, remédio processual que a lei põe à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha etc. (art. 1.046).

[...]

Os embargos de terceiro são manejáveis por senhor e possuidor e até mesmo apenas por possuidor (art. 1.046, parágrafo 1º).

Requisitos dessa medida, portanto, são o direito ou a posse do terceiro a justificar a exclusão dos bens da medida executiva que se processa entre estranhos ao embargante (in Curso de direito processual civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, p. 277 e 278).

Nos tribunais, há vários julgados que demonstram o julgamento de embargos de terceiro de sócios, decorrente de desconsideração da personalidade jurídica:

Processual civil. Embargos declaratórios em agravo regimental em medida cautelar. Omissão relevante. Embargos de terceiro. Legitimidade ativa. Intimação acerca da desconsideração da personalidade jurídica e da praça não comprovada. Efeito suspensivo.

1. Havendo omissão relevante a respeito de fundamento do pedido cautelar, justifica-se o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos modificativos.

2. Concessão do efeito suspensivo até o exame, pelo Superior Tribunal de Justiça, da alegação, deduzida no recurso especial, de ausência de citação da embargante como falida, nos autos da falência, bem como da falta de intimação da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica para atingir bens pessoais dos sócios e da praça dos imóveis integrantes da meação que se busca proteger com os embargos de terceiro.

3. Embargos de declaração acolhidos. (EDcl no AgRg na MC 17.690/RJ, Rel.ª Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22.11.2011, DJe de 30.11.2011.)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Embargos de terceiro. Acórdão recorrido que decidiu pela ausência de fraude à execução e inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Rever a decisão importa no reexame de prova.

1. Não há violação aos arts. 165, 458, 515 e 535 do Código de Processo Civil, pois o eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. A afronta aos arts. 593, 1.046 do Código de Processo Civil e arts. 485, 530 e 533 do Código Civil importa no reexame de prova, o que é defeso nesta instância especial, segundo assenta a Súmula 7/STJ.

3. O agravo regimental não pode ser usado para aditar as razões do recurso especial.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 523.421/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe de 17.11.2008.)

Nesse sentido:

Embargos de terceiro - Presença do requisito posse - Interesse de agir - Bem penhorado de propriedade e posse do sócio majoritário - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada - Ausência de comprovação de fraude ou abuso do direito - Impossibilidade.

1 - Os embargos de terceiro constituem meio idôneo de proteção de domínio e de posse ou de direito real ou obrigacional que confere posse sobre coisa alheia. Deste modo, o interesse de agir é de quem não é parte na execução e pretende ter direito sobre o bem que sofre constrição.

2 - Sem que se prove ter agido o sócio ao arripio dos estatutos sociais, em fraude à lei ou em abuso de direito, não se lhe pode atribuir a responsabilidade com o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa e ter como válida a penhora de bem de seu patrimônio particular.

3 - Recurso improvido. (TAMG, 2º Câmara Cível, Apelação Cível nº 291.137-7, Rel. Juiz Batista Franco, j. em 08.02.2000, RJTAMG 78/145.)

Ementa: Civil e processual civil - Apelação - Embargos de terceiro - Execução - Penhora - Bens dos sócios - Desconsideração da personalidade jurídica - Não ocorrência de hipóteses que a autorizam - Ausência de decisão específica e de prova - Manutenção da sentença de procedência. - Para que ocorra penhora sobre bens dos sócios é necessária, à desconsideração da personalidade jurídica, que haja decisão explícita e prova robusta das circunstâncias que autorizam a desconsideração. - Ausentes tais elementos, são procedentes os embargos de terceiro visando ao cancelamento da penhora irregular. (TJMG) - Apelação Cível nº 1.0194.07.070306-2/001, Relatora, Des.ª Márcia De Paoli Balbino, DJ de 09.05.2008.)

Civil e processo civil - Prova testemunhal - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Princípio do livre convencimento motivado do julgador - Execução - Sociedade empresária - Inexistência de bens - Desconsideração da personalidade jurídica - Desvio de finalidade - Confusão patrimonial - Ausência de demonstração - Penhora de bem de suposto sócio - Ilegalidade da medida - Embargos de terceiro - Acolhimento. [...] Em face do disposto no art. 50 do Código Civil, o deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária reclama a demonstração pelo requerente da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não sendo suficiente a inexistência de bens passíveis de satisfazer crédito reclamado em ação de execução. É ilegal a constrição judicial que recaia sobre o patrimônio de terceiro sob mera alegação de insuficiência de bens de sociedade empresária a qual pertenceu, notadamente se ao tempo da constituição do título executivo, já não mais integrava os quadros sociais. (AC 1.0024.05.630730-9/001, 18ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, p. em 23.04.2007.)

Ementa: Embargos de terceiro - Desconsideração da personalidade jurídica - Não comprovação dos requisitos - Litigância de má-fé - Inocorrência. - Devem ser acolhidos os embargos de terceiro, nos termos do que dispõe o art. 1.046 do CPC, uma vez que a pessoa jurídica embargante, não sendo parte na execução de sentença, sofreu ato indevido de penhora sobre bens de sua propriedade, para saldar dívida pessoal da esposa de seu sócio. Para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, necessárias a demonstração e a comprovação de situações fáticas revestidas de má-fé, fraude ou abuso de direito. Hipóteses não verificadas no caso concreto. Impossibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé, diante da ausência de prova de que o apelado tenha agido com improbidade. (TJMG) - Apelação Cível nº

1.0024.08.231548-2/001, Relator, Des. Eduardo Mariné da Cunha, DJ de 20.05.2009.)

Entendo, pois, não haver absoluta carência de ação.

Por isso, dou provimento ao recurso para afastar a preliminar de carência de ação, restando, pois, reformada a sentença.

b) Ausência de prova necessária e art. 515, § 3º, do CPC

Afastada a preliminar que havia sido reconhecida na sentença, observo que o processo ainda não comporta julgamento de mérito, não sendo possível adotar o disposto no art. 515, § 3º, do CPC. Vejamos.

Inicialmente, vale ressaltar que o processo não é um fim em si mesmo e sua efetividade para o jurisdicionado é a busca da verdade real, devendo o magistrado procurá-la a qualquer custo, sob pena de violação aos princípios da busca da verdade real, do devido processo legal e da ampla defesa.

Com efeito, sendo o juiz o destinatário real da prova, conforme disposto no art. 130 do CPC, pode avaliar livremente as alegações das partes, mas deve aplicar seu prudente arbítrio para se assegurar da verossimilhança dessas alegações, podendo, inclusive, determinar a produção de provas de ofício.

Nesses casos, o juiz não corre o risco de incorrer em parcialidade, porque, se as partes pedem a prestação jurisdicional, mas não oferecem provas suficientes a tanto, ao juiz incumbe determinar a prova necessária, mesmo de ofício, ainda que em segundo grau de jurisdição.

Sobre a necessidade de determinação da prova de ofício, leciona José Carlos Barbosa Moreira que:

Falta enfrentar esta questão: *quid iuris*, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante? Um modo de lidar com tal situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. Nessa perspectiva, as leis costumam estabelecer regras sobre o chamado *onus probandi*: v.g., no CPC brasileiro, o art. 333, distribui o ônus entre o autor, para fato constitutivo do alegado direito, e o réu, para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dele.

É essa a única possível solução? Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna? Sempre nos pareceu, e parece a muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente. Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa - e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?

[...] Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.

Quando o juiz determina realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, usurpando função da parte; não está agindo no lugar dela, fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua

iniciativa não é, a rigor, um sucedâneo da iniciativa da parte: é qualquer coisa de inerente à sua missão de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz - como juiz empenhado em julgar bem. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*: 2005, v. 30, n. 122, abr., p. 15/16.)

O art. 130 do Código de Processo Civil é claro quanto ao poder-dever do juiz de dirigir e instruir o processo, determinando, inclusive de ofício, a realização das provas necessárias para o desate da lide.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Tribunal:

Agravo de instrumento - Prova pericial - Realização - Livre convencimento do juízo. - Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, cabe ao juiz, na direção do processo, determinar as provas necessárias à sua instrução e à formação de seu livre convencimento, devendo indeferir as diligências que se mostrarem inúteis ou meramente protelatórias. (TJMG - AI nº: 2.0000.00.501196-5/000 - Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - publicação: 17.09.2005.)

Agravo de instrumento - Ação de repetição de indébito - Prova pericial - Necessidade - Livre convencimento do magistrado. - O magistrado é o destinatário da prova e a ele incumbe analisar a plausibilidade e necessidade de produção das provas requeridas, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. (TJMG - AI nº. 2.0000.00.481480-4/000 - Rel. Des. José Flávio de Almeida - publicação: 05.03.2005.)

Distribuição do ônus da prova. Regra de julgamento. Poder instrutório do juiz. Busca da verdade real. Produção de prova. Faculdade do juiz. [...] O poder instrutório do juiz, por sua vez, diz respeito à atividade do magistrado de buscar a verdade real, podendo, para tanto, determinar até mesmo de ofício a realização das provas que entender necessárias. A determinação da realização das provas é faculdade do juiz. O juiz é o destinatário da prova, podendo, em busca da apuração da verdade e da elucidação dos fatos, determinar a realização de todos os tipos de prova em direito admitida, bem como indeferir àquelas que julgar impertinentes, inúteis ou protelatórias. (TJMG - Ap. Cível nº 1.0079.03.108618-8/002(1) - Rel. Des. Irmair Ferreira Campos - Publicação: 26.01.2007.)

Não é outra a orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Agravo no recurso especial. Iniciativa probatória do juiz. Perícia determinada de ofício. Possibilidade mitigação do princípio da demanda. Precedentes. - Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Agravo no recurso especial improvido. (STJ - AgRg no REsp 738576/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 18.08.2005.)

Pois bem, no caso, os apelantes alegaram que a real devedora, Construtora Ômega Ltda., tem sede e bens próprios passíveis de penhora.

A comprovação de tal fato altera o quadro que motivou o redirecionamento da execução para as pessoas dos sócios.

Isso porque, se a Construtora tem bens a penhorar, não se justifica, a princípio a desconsideração da personalidade jurídica.

As partes dispensaram provas em audiência, mas a prova, no caso, é necessária, sendo ela:

- diligência de constatação, via mandado a ser cumprido por oficial de justiça, na sede da devedora Construtora Ômega Ltda., para confirmação da sede, funcionamento e dos bens que guarnecem o estabelecimento;

- exibição, pelos apelantes, no prazo de até 10 dias, de documentos que comprovem os bens da construtora, seu valor e a inexistência de ônus, constrição ou restrições sobre tais bens.

Pelas razões expostas, é de se reformar a sentença em face da ausência de carência da ação e para, de ofício, determinar a produção de prova necessária.

Dispositivo:

Isso posto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e afastar a preliminar de carência de ação. De ofício, determino o prosseguimento do feito para que seja efetuada diligência de constatação, via mandado a ser cumprido por oficial de justiça, na sede da devedora Construtora Ômega Ltda., para confirmação da sede, funcionamento e dos bens que guarnecem o estabelecimento, e para que os apelantes façam a exibição, no prazo de até 10 dias, contados da intimação a ser feita pelo MM. Juiz, de documentos que comprovem os bens da Construtora Ômega Ltda., seu valor e a inexistência de ônus, constrição ou restrições sobre tais bens.

Custas recursais, pelo apelado.

DES. LEITE PRAÇA - De acordo com o Relator.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

*Súmula* - RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS DETERMINADA DE OFÍCIO.