

Embargos a execução extintos por acordo das partes. Reinício dos embargos. Impossibilidade. Execução de promessa de doação levada a efeito em juízo de família. Possibilidades.

1º Vara da Comarca de São Fidélis

Processo. nº 2005.051.001451-2

Embargante: Maria de Souza Freitas

Embargado: Durval Roberto Barcelos

Embargos a execução extintos por acordo entre as partes. Reinício dos embargos. Impossibilidade. Execução de promessa de doação efetuada em juízo de família. Possibilidade. Decisão judicial homologatória que confere exequibilidade à promessa. Aplicação do princípio da boa fé objetiva. Repúdio aos comportamentos contraditórios.

MM. Dr. Juiz,

Trata-se de demanda com pretensão de embargar a execução realizada pelo réu/embargado, tendo como título executivo o acordo realizado em sede de ação de separação judicial consensual, convertida em divórcio autos de número 2003.051.000405-8).

Postula o embargante o reconhecimento da '*impossibilidade jurídica do pedido*' já que o acordo judicial tratou de promessa de doação, fls. 15, juntando dezenas de documentos.

Em resposta o embargado alega que a execução funda-se em título judicial e não em promessa de doação, juntando outros documentos sem relação direta com a questão dos autos.

Realizada audiência de instrução e julgamento em 04 de julho de 2007, foi firmado novo acordo entre as partes encerrando o processo com julgamento do mérito, fls. 157.

Após, em inusitada continuidade, as partes não cumpriram o acordo e reiniciaram o litígio - nos autos dos embargos já extintos - com petições reiteradas e belicosas, chegando ao mês março de 2008 sem paz.

Vieram os autos com vista.

É o relatório, passa o *parquet* a opinar.

Sobre a extinção do processo.

De plano, a própria continuidade deste processo já é condenável eis que foi encerrado por sentença não recorrida, fls. 157.

Assim, ou se propunha uma execução do *decisum* (*rectius*, cumprimento de sentença) ou se arquivavam os autos. As partes envolvidas na relação jurídica processual insistem em fazer acordos e descumpri-los, reiniciando uma discussão já finda.

Considerando que o Processo como instituição e como categoria jurídica é um instrumento de veiculação de pretensões de direito material - sendo certo que estamos cientes de que não é apenas isso, pois o Processo possui ainda um escopo social e político - é preciso que tenha um fim.

Em que pese a obviedade filosófica do dito acima frequentemente os operadores do direito, não conseguem perceber quando a relação processual deve ser extinta pelo motivo de se ter atingido ao fim inicial ao qual se propusera, e, assim, a obviedade filosófica perde-se na realidade fenomênica continuando os processos sem um objetivo aparente.

Tal situação agrava-se e se multiplica quando as partes não conferem às decisões e acordos lavrados em juízo o respeito devido, descumprindo-as e continuando a litigar por prazer.

A doutrina italiana, na pena de Luigi Cominelli Pesquisador em Sociologia do Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade de Milão, sustenta que *"Il processo soddisfa alcuni bisogni che non possono essere soddisfatti altrimenti: il desiderio di vendetta, il senso di potere, la necessità di essere ascoltati da tutti e di acquisire legittimazione pubblica, la richiesta di un atto simbolico riparatore. Al fondo di questi bisogni vi sono forti pulsioni emotive che cerchiamo di assecondare, accettando costi monetari elevati e il rischio di perdere la causa e quindi l'intera posta in gioco. Il desiderio di essere ascoltati e vendicati pubblicamente in un'aula di tribunale è rafforzato dai modelli di processo proposti al cinema e alla televisione"* (Como è Bello Litigare; Luigi Cominelli e Giusy Trapuzzano da The Satisfactions Of Litigation, di Charles Parselle - www.mediate.com)

Tradução livre do signatário.

O processo satisfaz algumas necessidades que não podem ser satisfeitas de outra forma: O desejo de vingança, a sensação de poder, a necessidade de ser escutado por todos com legitimação pública, a procura de um ato de reparação simbólico. No fundo destas necessidades existem fortes impulsos emotivos que procuramos tornar secundários, aceitando custos financeiros elevados e o risco de perder a causa posta em juízo. O desejo de ser escutado e vingar-se publicamente numa sala de audiência no Tribunal é reforçado pelo modelo de processo proposto pelo cinema e pela TV.

É o caso dos autos.

Sobre a promessa de doação efetuada em sede judicial nas demandas de direito de família.

A doação é o contrato translativo de domínio, pelo qual o doador, em ato espontâneo e de liberalidade (*animus donandi*), transfere, a título gratuito, bens a ele pertencentes, ao patrimônio de outrem que os aceita expressa ou tacitamente. Na doação têm-se o elemento subjetivo - *animus donandi* - traduzido pela intenção de efetuar uma liberalidade. A doação está perfeita com o consenso das vontades, porém a transferência da propriedade só ocorre com a tradição do bem doado. A simples promessa é plenamente admitida.

Em relação à exigibilidade da promessa efetuada há uma divergência doutrinária clássica, para Caio Mario da Silva, a promessa de doação pura e simples é inexigível judicialmente, pois sendo um ato de liberalidade, não se poderia, em tese, obrigar o cumprimento, pois, se assim o fosse, não haveria liberalidade, mas obrigatoriedade e, estaria transgredindo o preceito elementar deste instituto que é a liberalidade. Só sendo aceita a exigibilidade quando o contrato for com encargo.

Por sua vez, Washington de Barros e Yussef Said Cahali, defendem que a promessa de doação é exigível judicialmente, pois o *animus donandi*, foi demonstrado no momento da realização da promessa. Saliente-se que doação de ascendente à descendente configura adiantamento da legítima. Assim, quando do inventário do doador, o beneficiado com a doação terá de trazer a colação os bens recebidos como doação, pelo valor que lhes atribuir o ato de liberalidade ou a estimativa feita naquela época, para que sejam iguados os quinhões dos herdeiros necessários.

A doação ocorrida nos autos das demandas de direito de família segue, genericamente, a mesma divergência doutrinária, porém jurisprudencialmente se admite a exigibilidade.

Assim, se a doação prometida pelo cônjuge mulher não for cumprida poderão os filhos demandar contra ela, mesmo se tratando de contrato gratuito que não admitira execução de obrigações de fazer.

As razões fundamentais são as seguintes: A boa-fé objetiva como base da nova hermenêutica do Direito civil, sobretudo nos contratos; fato do acordo ter se dado diante do juízo.

Inicia-se pela segunda razão. Proferida a manifestação de vontade perante o juízo, diante do Promotor de Justiça e do Juiz, a homologação do acordo envolve a 'doação' dando-lhe eficácia de um novo título apto para execução (cumprimento de sentença). Na verdade, não se trataria de exigir em juízo uma promessa de doação, mas sim exigir em juízo uma sentença de mérito com conteúdo homologatório.

Não há como dar os mesmos efeitos a uma promessa de doação feita dentro de casa entre amigos, e aquela realizada em uma audiência judicial diante do Juiz e do Promotor de Justiça. O Procurador de Justiça e doutrinador do tema, José Maria Leoni, defende a exigibilidade arrolando argumentos materiais e processuais (sustenta o mestre que o tema flerta inclusive com a efetividade processual).

Tais questões são freqüentes no Direito de Família onde as partes perenizam litígios com o fim único de se ofenderem. Na audiência fazem acordos e depois descumprem. Desta forma, data vênua, ou se concede exigibilidade a estas sentenças que homologaram acordos de doação, ou transformar-se-ão todos os Juízes e Promotores de Justiça de juízos de família em fantoches de vontades sazonais.

Caso se queira insistir na posição que sustenta ser a promessa de doação inexigível, ainda que efetuada em juízo, chama-se em apoio à tese da exigibilidade, o conceito da boa-fé objetiva e os seus diversos institutos e facetas.

A boa-fé objetiva inserta como cláusula geral no Código Civil contemporâneo é janela para a oxigenação de toda a idosa hermenêutica contratual recebendo agora toda a nova axiologia da Constituição da República. No caso dos autos haveria o comportamento contraditório reprimido pela boa-fé.

No *Venire contra factum proprium*, o contratante assume um determinado comportamento o qual é posteriormente contrariado por outro comportamento seu. Tal conduta é repugnada diante da cláusula de boa-fé objetiva que auxilia na interpretação, integra os contratos, e limita o exercício da autonomia da vontade. Veja-se o maior mestre do mundo no tema, Antônio Menezes Cordeiro, *verbis*:

“A locução ‘venire contra factum proprium’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. No ‘Venire contra factum proprium’ postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - factum proprium - é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reações afectivas que devem ser evitadas. A proibição de venire contra factum proprium traduz a vocação ética, psicológica e social da regra ‘pacta sunt servanda’ para a juspositividade. (Da Boa Fé no Direito Civil, Livraria Almedina: Coimbra, 1984, v. II, pág. 751)

O comportamento anterior gera expectativa na outra parte a qual é frustrada pela ação do contratante que contradiz seu anterior posicionamento. A proibição relaciona-se á confiança recíproca, o que é salientado por Judith Martins Costa, *in verbis*:

“A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvi-

mento do tráfego negocial” A boa-fé no Direito privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 469

Por fim, saliente-se que a jurisprudência do TJ -RJ e do STJ endossam o mesmo entendimento, *verbis*:

1ª Ementa - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 09/08/2005 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, COM PARTILHA DE BENS. Decisão sintética, determinando que a execução da promessa de doação de imóvel aos filhos do casal, celebrada em acordo homologado pelo juízo, venha pela via própria. Violação à ampla defesa inócurrenente, eis que nas informações o juízo esclareceu que o indeferimento se dera por entender não ser admissível a execução específica de promessa de doação pura, porque incompatível com a liberalidade que cerca tal negócio jurídico. Considerações que, assim indicadas, complementam a decisão agravada, afastando a nulidade, a par de no mérito, o entendimento majoritário do STJ favorecer à agravante. A Segunda Seção do STJ firmou o entendimento de que a promessa de doação feita em acordo de separação consensual e, por interpretação analógica também aplicável ao caso da extinção de união estável, é exigível como título executivo, uma vez que tal cláusula não trata de promessa de doação pura e simples, de mera liberalidade, mas, ao contrário, é compromisso de transferência de bem exigível e que deve ser cumprido, especialmente quando há interesse de menor, em respeito à vontade das partes e à solenidade do ato judicial. Ademais, do acordo se extrai que no momento do acordo as partes manifestaram a intenção de doar o imóvel, sem qualquer reserva de arrependimento ou revogação, e não apenas uma promessa de doação futura, inexistindo empecilho a que se proceda, à execução do acordo nos próprios autos da ação declaratória. PROVIDO O RECURSO

REsp 416340 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0019579-5 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 04/03/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 22.03.2004 p. 310 Ementa PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM. DOAÇÃO. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. DONATÁRIO. FILHA. MENOR IMPÚBERE. FALTA DE REGISTRO DO ATO. IRRELEVÂNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1 - Violação a dispositivo constitucional não se submete ao crivo especial. 2 - Não decidida pelo tribunal de origem a matéria suscitada no recurso, a falta de prequestionamento é evidente (súmulas 282 e 356 do STF). 3 - A doação de imóvel à filha menor, por ocasião da separação consensual de seus pais, sendo o ato devidamente homologado por sentença passado em julgado, com, inclusive, recolhimento da taxa, configura ato jurídico perfeito e acabado e não mera promessa. A eventual falta do registro imobiliário não exclui o oferecimento dos embargos de terceiro. 4 - Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido para, acolhendo os embargos, manter a recorrente na posse do bem. 5 - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

REsp 32895 / SP RECURSO ESPECIAL 1993/0006403-7 Relator(a) Ministro CASTRO FILHO (1119) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 23/04/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 01.07.2002 p. 335 Ementa DIREITO CIVIL - SEPARAÇÃO CONSENSUAL - PARTILHA DE BENS - DOAÇÃO PURA E SIMPLES DE BEM IMÓVEL AO FILHO - HOMOLOGAÇÃO - SENTENÇA COM EFICÁCIA DE ESCRITURA PÚBLICA - ADMISSIBILIDADE. *Doado o imóvel ao filho do casal, por ocasião do acordo realizado em autos de separação consensual, a sentença homologatória tem a mesma eficácia da escritura pública, pouco importando que o bem esteja gravado por hipoteca. Recurso especial não conhecido, com ressalvas do relator quanto à terminologia.*

Ante o exposto, opina o Ministério Público pela remessa dos autos ao arquivo diante da extinção do feito já ocorrida e consignada às fls, 157, dando-se continuidade à execução.

São Fidélis, 16 de março de 2008

Rafael Luiz Lemos de Sousa

Promotor de Justiça - Mat. 3986