



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

PROMESSA DE DOAÇÃO FEITA PELOS PAIS AOS FILHOS, REALIZADA EM ACORDO DE SEPARAÇÃO. NEGATIVA DE UM DOS CÔNJUGES. CUMPRIMENTO. Não efetuada a doação em benefício dos filhos por parte de um dos cônjuges, cabível a supressão da vontade pelo magistrado daquele que se negou a cumprir a avença. Contudo, tal comando sentencial mostra-se incompatível com a aplicação de multa, porquanto constituem tutelas de naturezas diversas. Inteligência do art. 639 do diploma processual civil. Apelo provido em parte.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70014672539

COMARCA DE SANTA MARIA

L.A.B.L.

APELANTE

..
A.M.C.

APELADA

..
L.C.L.M.

INTERESSADA

..
L.C.C.

INTERESSADA

..
L.C.L.

INTERESSADO

..
L.A.C.L.

INTERESSADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover em parte o apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES** E **DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL**.



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

Porto Alegre, 04 de outubro de 2006.

**DESA. MARIA BERENICE DIAS,
Presidenta e Relatora.**

RELATÓRIO

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto por L. A. B. L. contra a sentença que, nos autos da ação ordinária para cumprimento de obrigação de fazer, movida por A. M. C., julgou procedente o pedido para: a) determinar a expedição de mandado ao Registro de Imóveis, a fim de que seja lavrada escritura pública de doação, valendo a sentença como expressão da vontade do requerido; b) condenar o varão ao pagamento de multa diária no valor de 2 salários mínimos desde a data da citação até a data do efetivo pagamento, reajustado pelo IGP-M; e c) condenar o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 600,00 (fls. 155-8).

Sustenta o apelante ser indevida a imposição de multa diária no valor de 2 salários mínimos, conforme estabelecido pelo juízo *a quo*. Sustenta que a demora no cumprimento da decisão deu-se por determinação da própria magistrada que, após o julgamento do agravo de instrumento, expediu carta precatória a fim de intimar o réu para obedecer tal comando judicial. Posteriormente, deu-se a devolução da carta precatória em dezembro de 2004, tendo o processo ficado concluso de 22-12-2004 até 25-01-2005. Todavia, em 17-01-2005 o recorrente já havia peticionado nos autos informando que outorgara procuração para sua irmã, com poderes especiais para assinar a escritura de doação em favor de seus filhos. Além disso, o mais importante, e não refutado pela parte adversa, é que, em 5-05-1998, já havia outorgado procuração ao filho L. A. C. L. para que tomasse as providências necessárias para a doação. Assim, não pode ser mantida a exorbitante multa fixada em



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

primeira instância, atualmente contabilizada em R\$ 596.400,00. Afirma ser relevante o fato de que, após a doação, teve mais dois filhos de outro casamento, pois qualquer transmissão deve ser considerada como antecipação da legítima. Por fim, postula que à autora sejam imputados os ônus sucumbenciais. Pleiteia o prequestionamento dos artigos 644 e 645 do diploma processual civil. Requer o provimento do apelo (fls. 162-78).

A apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para contra-razões (fl. 1181v).

O Ministério Público deixa de exarar parecer, salientando ser desnecessária manifestação do Promotor de Justiça na fase recursal (fls. 183-4).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça deixado de lançar parecer, por entender ausente justa causa para a intervenção do Ministério Público (fls. 186-7).

Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

VOTOS

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA)

A apelada A. M. C. ajuizou “ação ordinária para cumprimento de obrigação de fazer”, objetivando que o apelante efetue a doação em benefício dos filhos estipulada no acordo de separação, devidamente homologado, relativamente ao imóvel localizado na Rua Francisco Crossetti, nº 50, na cidade de Santa Maria.

A avença foi firmada em 15-2-1984, época em que os filhos do casal eram todos menores. Eis o teor da respectiva cláusula (fl. 7):

6º) A partilha dos bens fica acertada da seguinte forma:
a) o casal, neste ato, doa aos quatro filhos (Luana, Luiz



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

Alberto, Luciano e Luciana) a casa residencial e respectivo terreno, situada à Rua Francisco Crossetti, nº 50, nesta cidade; [...]; 7º) Fica assegurado à separanda o direito de usufruto sobre a casa da Rua Francisco Crossetti, até a maioridade da filha mais nova do casal - Luciana.

Conforme se depreende do ajuste acima transcrito, foi instituído usufruto em benefício da separanda até a maioridade da filha L., situação que não mais se justifica em razão da idade desta – 33 anos (fl. 19).

O apelante sustenta que já cumpriu a obrigação, acostando dois instrumentos procuratórios aos autos: o primeiro datado de 5-5-98, no qual outorgou poderes ao filho L. A. C. L. para vender o imóvel *sub judice*; e o segundo datado de 5-01-05, conferindo poderes para que Luandra L. K. efetuasse a doação do aludido patrimônio (fls. 113-4).

No entanto, a outorga de instrumento procuratório, a toda evidência, não implica o cumprimento do ajuste, o qual somente se concretizará com a confecção da escritura pública de doação e respectivo registro do ofício competente.

Todavia, considerado o instrumento de mandato e a peculiaridade de o recorrente residir na longínqua cidade de Manaus, foi determinada a intimação das partes, nesta fase recursal, para se manifestarem sobre o cumprimento da obrigação. Contudo, ambas quedaram-se silentes, de forma que se deve ter a obrigação por não cumprida.

Ademais, em sua peça de defesa, o apelante alegou que a virago já teria vendido o imóvel por instrumento particular em benefício próprio, enquanto a intenção dos litigantes foi a de garantir aos filhos um patrimônio (fls. 35-6). Porém, o negócio jurídico aludido restou indemonstrado.

Diante dessas circunstâncias, inexistem dúvidas quanto à procedência da demanda.



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

No que pertine à multa fixada pelo julgador *a quo* em razão do inadimplemento, faz-se necessário tecer algumas considerações.

Em que pese o tema envolvendo a viabilidade jurídica da promessa de doação seja alvo de divergência doutrinária, a jurisprudência já há algum tempo vem conferindo exigibilidade a acordos de separação em que os cônjuges se comprometem a doar bem imóvel em benefício da prole comum. No caso em tela, a sentença foi proferida nos seguintes termos:

Razões expostas, na esteira da decisão do Eg. Tribunal de Justiça (fls. 54/63) e em respeito à decisão de fls. 07/09, que bem espelhou a declaração de vontade dos doadores, expeça-se mandado ao Registro de Imóveis a fim de que a escritura pública seja confeccionada, valendo a presente decisão como expressão da vontade de L. A. B. L.

[...]

A título de indenização pela massacrante demora no seu cumprimento (...) o demandado resta condenado ao pagamento da multa diária já fixada a fls. 21 – mantida pelo Eg. Tribunal de Justiça – cujo valor poderá ser calculado mediante simples memória de cálculo e reajustado pelo IGP-M desde a data da citação até a data do efetivo pagamento.

Note-se que a julgadora monocrática acabou aplicando de forma conjunta tutelas diversas, porquanto suprimiu a vontade do recorrente e, ao mesmo tempo, condenou-lhe ao pagamento de multa pela demora no cumprimento da obrigação.

Ora, se ao julgador é possível satisfazer a obrigação assumida e não cumprida mediante comando judicial, mostra-se descabida a imposição de multa, que tem por objetivo compelir a parte a realizar atos que, via de regra, somente ela poderia executar. Nesse passo, cumpre transcrever o art. 639 do Código de Processo Civil:

Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

Sobre a matéria, eis o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

A obrigação de entregar não pode ser confundida com a obrigação de transferir a propriedade. O direito de obter a coisa não pode ser equiparado ao direito de obter a propriedade da coisa. O locatário, após firmado o contrato de locação, tem o direito de obter a coisa do locador. Mas isto, à evidência, nada tem a ver com o direito à obtenção da propriedade.

Quando alguém se obriga a outorgar escritura pública de compra e venda, compromete-se a prestar declaração de vontade. Essa obrigação, além de não constituir uma obrigação de entregar coisa, não pode ser equiparada a obrigação de fazer.

O direito processual concebeu para a tutela específica da obrigação de declaração de vontade uma forma processual típica, que não se confunde com aquelas que estão presentes no art. 461 do CPC. Os arts. 639 a 641 do CPC, objetivando dar tratamento adequado às obrigações de declaração de vontade, cuidam da chamada sentença substitutiva da vontade do obrigado.

[...] Essa forma, cujo fim é o de conferir a substituição da vontade do obrigado, é mais efetiva ao credor do que a utilização da multa.

Na visão do credor, é evidente que a sentença substitutiva é muito mais efetiva do que a multa, pois a primeira satisfaz o direito, ao passo que a última apenas atua sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir. Ou seja, a sentença substitutiva “soluciona por si só” o problema do credor, satisfazendo o direito, enquanto a multa é imposta para tentar satisfazê-lo.

[...]

Resumindo: a obrigação de transferir a propriedade, vista como obrigação de declaração de vontade, não só é diferente da obrigação de entregar coisa, como ainda abre oportunidade a uma forma processual típica, que nada tem a ver com as técnicas dos arts. 461 e 461-A do CPC (in “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 479-80).

Na mesma linha de raciocínio, citam-se os ensinamentos de Yussef Said Cahali:



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

[...] Mas Washington de Barros Monteiro, em lição tantas vezes repetida, sustenta que inexistente razão para excluir-se, perante o nosso direito, a promessa de doação, cuja possibilidade jurídica é expressamente admitida pelo direito alemão (BGB, art. 2.301). Ela não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum a proíbe. Pode ela ser formulada, por exemplo, pelos cônjuges, em processo de desquite amigável, em benefício dos filhos do casal, executando-se posteriormente a relação jurídica, em caso de inadimplemento, em conformidade com o art. 639 do CPC.

[...]

b) admite-se como válida a promessa de doação em favor da prole estipulada na separação por mútuo consentimento, atribuindo-se à cláusula do acordo homologado eficácia plena e irrestrita, sem condições de retratabilidade ou arrependimento, assegurando-se ao beneficiário direito à adjudicação compulsória do imóvel ou à sentença condenatória substitutiva da declaração de vontade recusada (in "Divórcio e Separação, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 180 e 185).

A sentença, destarte, julgou bem ao suprir a vontade do apelante; contudo, no que tange à aplicabilidade da multa, é de ser reformado o *decisum* para excluir dita penalidade, tendo em vista que o cumprimento de obrigação de dar ou fazer constitui instituto diverso daquela aplicado pela magistrada, fundamentado no art. 639 do Código de Processo Civil.

Outrossim, o fato de a apelada não ter realizado a doação de sua meação não constitui óbice à procedência da demanda, porquanto se trata de ato que depende necessariamente da aquiescência do outro consorte (art. 640 do diploma processual e civil e art. 235, IV, do Código Civil de 1916).

A título de esclarecimento sobre o tema, insta consignar que o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já conferiu eficácia de escritura pública à sentença homologatória de acordo de separação em que foi doado imóvel ao filho do casal:

*DIREITO CIVIL – SEPARAÇÃO CONSENSUAL –
PARTILHA DE BENS – DOAÇÃO PURA E SIMPLES DE*



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

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 (STJ, Terceira Turma, Resp 32895, Rel: Ministro Castro Filho, julgado em 23/04/2002, publicado no DJ em 01.07.2002 p. 335).

Todavia, em se tratando o donatário de pessoa que já atingiu a maioridade, mostra-se inviável a aplicabilidade de tal entendimento, por se tratar de terceiro que não participa do processo de separação e que precisa participar do negócio jurídico realizado, manifestando sua vontade no sentido da aceitação da liberalidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, sustenta Yussef Said Cahali:

[...] o ato praticado em juízo tem a mesma eficácia da escritura pública de transmissão da propriedade imóvel, a que se refere o art. 541 Código Civil (art. 1.668 do Código anterior), especificamente para o caso de doação de imóvel.

Assim entendido, não se vê razão para exigir que o ato transmissivo do direito real tenha ainda de ser completado com a escritura pública mencionada pelo art. 134, II, do CC revogado (art. 108, CC/2002), pois isto representaria uma verdadeira superfetação. Nesta linha, aliás, era repetitiva a jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura, no sentido de que, admitida a doação feita por cônjuge a outro por ocasião da separação do casal, “a instrumentalização da doação em juízo torna desnecessária o ato notarial”, valendo a carta de sentença como título hábil para o Registro Imobiliário.

Por fim, mostra-se descabida a pretensão do varão de tentar assegurar, neste feito, a legítima das filhas nascidas de seu segundo casamento frente à doação *sub judice*, realizada em benefício das filhas de seu primeiro casamento.



MBD
Nº 70014672539
2006/CÍVEL

O preceito constante do art. 1.171 do Código Civil de 1916 decorre de lei e sobre ele o doador não tem qualquer disponibilidade. Dessa forma, caso haja conflito de interesse entre os filhos do recorrente, tal questão deverá ser objeto de discussão em ação própria.

Trata-se, pois, de matéria estranha ao presente feito e que em nada guarda relação com o cumprimento da avença.

Por tais fundamentos, provê-se em parte o apelo para excluir do comento sentencial a imposição de multa ao recorrente.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (REVISOR) - De acordo.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70014672539, Comarca de Santa Maria: "PROVERAM EM PARTE. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: KARLA AVELINE DE OLIVEIRA