

Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ

 stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA

**Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência**



RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI

RECORRENTE : EDSON NATAL RIGO FILHO

ADVOGADOS : ALEXANDRE MENEGHIN NUTI E OUTRO(S)

RODRIGO MENEGHIN NUTI

RECORRIDO : MARIA TEREZINHA DE FREITAS

ADVOGADO : JOSÉ CARLOS MARSICO E OUTRO(S)

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE CUMULADA COM AÇÃO CONDENATÓRIA – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA FIRMADO COM CLÁUSULA DE RETROVENDA – AO CONCLUIR QUE O NEGÓCIO JURÍDICO FOI CELEBRADO NO INTUITO DE GARANTIR CONTRATO DE MÚTUO USURÁRIO E, PORTANTO, CONSISTIU EM SIMULAÇÃO PARA OCULTAR A EXISTÊNCIA DE PACTO COMISSÓRIO, O TRIBUNAL DE ORIGEM PROCEDEU À REFORMA DA SENTENÇA PROFERIDA PELO MAGISTRADO SINGULAR, JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS VEICULADOS NA DEMANDA – PACTO COMISSÓRIO - VEDAÇÃO EXPRESSA – ARTIGO 765 DO CÓDIGO CIVIL 1916 – NULIDADE ABSOLUTA – MITIGAÇÃO DA REGRa INSERTA NO ARTIGO 104 DO DIPLOMA CIVILISTA (1916) - POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA – INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE AUTORA.

Ação de *imissão de posse* cumulada com ação condenatória ajuizada pelo promissário comprador em face de um dos alienantes, visando à desocupação do imóvel, bem assim ao resarcimento dos prejuízos experimentados (aluguéis).

Sentença de procedência reformada pelo Tribunal de origem, ao reputar demonstrada a simulação e o pacto comissório firmado entre as partes e, portanto, a nulidade do compromisso de compra e venda com cláusula de retrovenda, julgando improcedentes os pedidos veiculados na demanda.

1. A ausência de debate, pelas instâncias ordinárias, do conteúdo normativo dos dispositivos apontados como violados impede o conhecimento das teses recursais subjacentes, porquanto não configurado o necessário prequestionamento. Incidência do óbice inserto na Súmula 211/STJ.
2. É nulo o compromisso de compra e venda que, em realidade, traduz-se como instrumento para o credor ficar com o bem dado em garantia em relação a obrigações decorrentes de contrato de mútuo usurário, se estas não forem adimplidas. Isso porque, neste caso, a simulação, ainda que sob o regime do Código Civil de 1916 e, portanto, concebida como defeito do negócio jurídico, visa encobrir a existência de verdadeiro pacto comissório, expressamente vedado pelo artigo 765 do Código Civil anterior (1916).

2.1 Impedir o devedor de alegar a simulação, realizada com intuito de encobrir ilícito que favorece o credor, vai de encontro ao princípio da equidade, na medida em que o "respeito aparente ao disposto no artigo 104 do Código Civil importaria manifesto desrespeito à norma de ordem pública, que é a do artigo 765 do mesmo Código", que visa, a toda evidência, proteger o dono da coisa dada em garantia (Cf. REsp nº 21.681/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 03/08/1992)

2.2 Inexiste para o interessado na declaração da nulidade absoluta de determinado negócio jurídico, o ônus de propor ação ou reconvenção, pois, tratando-se de objeção substancial, pode ser arguida em defesa, bem como pronunciada *ex officio* pelo julgador.

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

RECORRENTE : EDSON NATAL RIGO FILHO

ADVOGADOS : ALEXANDRE MENEGHIN NUTI E OUTRO(S)

RODRIGO MENEGHIN NUTI

RECORRIDO : MARIA TEREZINHA DE FREITAS

ADVOGADO : JOSÉ CARLOS MARSICO E OUTRO(S)

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por EDSON NATAL RIGO FILHO, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, EDSON NATAL RIGO FILHO, ora recorrente, ajuizou ação de imissão de posse, cumulada com ação condenatória, em face de MARIA TEREZINHA DE FREITAS, com o objetivo de ser imitido na posse de imóvel que teria adquirido da ré, bem como de ser resarcido, a título de dano patrimonial, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Na inicial (fls. 7-10, e-STJ), sustentou o autor, em síntese, que embora houvesse adquirido imóvel de propriedade da ré - o apartamento 73, e a respectiva vaga de garagem, situado na Rua Humaitá -, por meio de instrumento particular de compromisso de compra e venda devidamente registrado na matrícula do aludido bem, ela não procedeu à sua desocupação, fato esse que legitimaria sua pretensão.

Em contestação, arguiu a ré que o negócio jurídico entabulado entre as partes tratou-se de simulação, porquanto o imóvel objeto da mencionada compra e venda, na realidade, representava a garantia real de dívida assumida por ela e seu filho, “*em negócio de agiotagem*”.

O magistrado singular, ao entender não comprovadas as alegações da parte ré, ônus que lhe incumbia (artigo 333, inciso II, Código de Processo Civil), julgou procedentes os pedidos deduzidos na exordial “para o fim determinar que se proceda à imissão do autor na posse do imóvel, notificando-se a ré para que o desocupe no prazo de vinte dias, a contar da ciência deste julgado, sob pena de desocupação coercitiva; ficando ela ainda condenada a pagar ao autor, a título de indenização, os valores que deixou ele de perceber a título de aluguers do imóvel em questão, a contar do término do prazo estabelecido na notificação de fls. 11, até a data da efetiva desocupação, tudo a ser apurado em oportuna liquidação de sentença por arbitramento”. (fl. 207, e-STJ)

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento, nos termos da seguinte ementa:

Ação de Imissão de Posse c.c. Indenização por Perdas e Danos – Impossibilidade – Agiotagem – Simulação e Pacto Comissório devidamente caracterizados - Ofensa ao art. 765 do C. Civil de 1916 – Nulidade do Contrato de Compromisso de Venda e Compra firmado entre as partes – Litigância de má-fé caracterizada – Inteligência do art. 17, III, do CPC – Recurso provido. (fl. 261, e-STJ; destaque no original)

Opostos embargos de declaração pelo autor (fls. 280-290, e-STJ), estes foram parcialmente acolhidos, determinando-se o arbitramento dos honorários advocatícios nos moldes do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil (fls. 294-301, e-STJ).

Irresignado, o autor interpôs recurso especial, em cujas razões aponta, além de dissídio pretoriano, a existência de violação aos seguintes dispositivos:

- a) artigos 47, 128, 219, § 1º, 220, 401 e 402, inciso I, todos do Código de Processo Civil;
- b) artigos 105, 147, inciso II, 178, § 9º, inciso V, alínea “b”, e artigo 1.555, todos do Código Civil de 1916.

Sustenta, em síntese, a impossibilidade de ser arguida a simulação como matéria de defesa, porquanto necessitaria de ação própria ou reconvenção, a ser ajuizada pelo legitimado, com a participação dos litisconsortes necessários. Ainda, argumenta que, segundo o regime do Código Civil de 1916, a simulação tornaria o negócio jurídico anulável e não nulo, sujeitando-se a medida ao prazo decadencial de quatro anos, o que já teria transcorrido na hipótese.

Contrarrazões às fls. 400-413, e-STJ.

Negado seguimento ao recurso pelo juízo de origem, interpôs-se agravo de instrumento (Ag nº 1.013.116/SP), ao qual foi dado provimento, em decisão exarada pelo Ministro João Otávio de Noronha, determinando-se a subida dos autos a esta Corte (fl. 430, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE CUMULADA COM AÇÃO CONDENATÓRIA – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA FIRMADO COM CLÁUSULA DE RETROVENDA – AO CONCLUIR QUE O NEGÓCIO JURÍDICO FOI CELEBRADO NO INTUITO DE GARANTIR CONTRATO DE MÚTUO USURÁRIO E, PORTANTO, CONSISTIU EM SIMULAÇÃO PARA OCULTAR A EXISTÊNCIA DE PACTO COMISSÓRIO, O TRIBUNAL DE ORIGEM PROCEDEU À REFORMA DA SENTENÇA PROFERIDA PELO MAGISTRADO SINGULAR, JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS VEICULADOS NA DEMANDA – PACTO COMISSÓRIO - VEDAÇÃO EXPRESSA – ARTIGO 765 DO CÓDIGO CIVIL 1916 – NULIDADE ABSOLUTA – MITIGAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ARTIGO 104 DO DIPLOMA CIVILISTA (1916) - POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA – INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE AUTORA.

Ação de *imissão de posse* cumulada com ação condenatória ajuizada pelo promissário comprador em face de um dos alienantes, visando à desocupação do imóvel, bem assim ao resarcimento dos prejuízos experimentados (aluguéis).

Sentença de procedência reformada pelo Tribunal de origem, ao reputar demonstrada a simulação e o pacto comissório firmado entre as partes e, portanto, a nulidade do compromisso de compra e venda com cláusula de retrovenda, julgando improcedentes os pedidos veiculados na demanda.

1. A ausência de debate, pelas instâncias ordinárias, do conteúdo normativo dos dispositivos apontados como violados impede o conhecimento das teses recursais subjacentes, porquanto não configurado o necessário prequestionamento. Incidência do óbice inserto na Súmula 211/STJ.
2. É nulo o compromisso de compra e venda que, em realidade, traduz-se como instrumento para o credor ficar com o bem dado em garantia em relação a obrigações decorrentes de contrato de mútuo usurário, se estas não forem adimplidas. Isso porque, neste caso, a simulação, ainda que sob o regime do Código Civil de 1916 e, portanto, concebida como defeito do negócio jurídico, visa encobrir a existência de verdadeiro pacto comissório, expressamente vedado pelo artigo 765 do Código Civil anterior (1916).

2.1 Impedir o devedor de alegar a simulação, realizada com intuito de encobrir ilícito que favorece o credor, vai de encontro ao princípio da equidade, na medida em que o "respeito aparente ao disposto no artigo 104 do Código Civil importaria manifesto desrespeito à norma de ordem pública, que é a do artigo 765 do mesmo Código", que visa, a toda evidência, proteger o dono da coisa dada em garantia (Cf. REsp nº 21.681/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 03/08/1992)

2.2 Inexiste para o interessado na declaração da nulidade absoluta de determinado negócio jurídico, o ônus de propor ação ou reconvenção, pois, tratando-se de objeção substancial, pode ser arguida em defesa, bem como pronunciada *ex officio* pelo julgador.

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido.

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

O presente recurso não merece prosperar, porquanto configurada, na hipótese, a existência de simulação para ocultar pacto comissório – expressamente vedado pelo ordenamento jurídico pátrio -, arguição que poderia ter sido veiculada como matéria de defesa por uma das contraentes, em sede de contestação, consistindo em objeção substancial, passível, aliás, de reconhecimento de ofício pelo julgador.

1. De início, cumpre esclarecer, em relação à alegada ofensa aos artigos 47, 128, 219, § 1º, 220, 401 e 402, inciso I, todos do Código de Processo Civil, bem como ao artigo 178, § 9º, inciso V, alínea “b”, e 1.555 do Código Civil de 1916, estar ausente o necessário prequestionamento da matéria, impossibilitando o conhecimento do recurso nesses pontos.

Conquanto suscitados nas razões dos embargos de declaração, o conteúdo normativo dos dispositivos acima mencionados não foi objeto de análise e debate pelas instâncias ordinárias, de modo a incidir, na espécie, o enunciado da Súmula 211/STJ, a saber: *“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi*

apreciada pelo tribunal a quo." No particular, necessário acrescentar que nas razões de recurso especial não fora indicada a existência de violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Saliente-se, por oportuno, que apesar de alguns dos artigos indicados se relacionarem a matérias de ordem pública, tais como decadência e julgamento *extra petita*, essa natureza não afasta a necessidade de prequestionamento, consoante jurisprudência pacífica deste Tribunal.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPETITIVO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. NORMA DIRIGIDA AOS TRIBUNAIS DE ORIGEM. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EX OFFICIO.

1. A suspensão prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil é dirigida aos recursos em trâmite nos tribunais locais, não se aplicando, portanto, àqueles em tramitação nesta Corte. Precedentes.

2. As questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem, no estreito âmbito do recurso especial, do requisito do prequestionamento. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 203566/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 24/05/2013)

2. Solução diversa, entretanto, deve ser atribuída à tese de impossibilidade de arguição da ocorrência de simulação como matéria de defesa e sobre a natureza do referido vício na hipótese dos autos, vale afirmar, se causa de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, tendo em vista que, na decisão referente aos embargos de declaração, embora não reconhecida a omissão, o Tribunal *a quo* expressamente enfrentou a temática, a saber:

Quanto ao reconhecimento da simulação (que teve por objetivo fraudar lei imperativa), apesar de não alegada em Reconvenção, a questão foi levantada em contestação pelo Embargado. E, mesmo que não tivesse sido alegada pela parte, por se tratar de questão de ordem pública e decretada no interesse da própria coletividade, enseja nulidade absoluta, podendo ser conhecida de ofício e em qualquer grau de jurisdição. (fl. 299, e-STJ)

Não obstante a ausência de indicação de dispositivos legais no excerto acima mencionado, configurado está o prequestionamento implícito da matéria. Sobre o tema, destaca-se:

[...] "Há prequestionamento implícito quando o tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado. Exatamente neste sentido o prequestionamento implícito vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça." O que importa é a efetiva manifestação judicial – causa decidida. Não há aqui qualquer problema: "se alguma questão for-

julgada, mesmo que não seja mencionada a regra da lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria 'questionada' e isso é o quanto basta". (DIDIER JR, Freddie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Processo Civil: Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais. 10 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 276)

Ademais, é incontroverso que a falta do prequestionamento explícito não prejudica o exame da tese recursal aventada, porquanto a jurisprudência desta Corte é uníssona em admiti-lo na forma implícita.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO ENTRE PRECATÓRIO E DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL AUTORIZATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. Inicialmente, esta Corte admite o prequestionamento implícito, desde que a matéria federal invocada tenha sido debatida nas instâncias ordinárias, mesmo que não haja indicação expressa dos dispositivos legais tidos por violados.

5. Agravo Regimental do contribuinte desprovido. (AgRg no AgRg no AgRg no REsp 1270792/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 02/10/2012).

2.1 Estabelecidas essas considerações iniciais, procede-se ao exame da controvérsia instaurada por meio deste apelo extremo, qual seja a possibilidade de arguição de simulação como matéria de defesa, em sede de contestação, sem olvidar, no contexto dos autos, da prévia análise acerca da natureza do víncio – causa de nulidade ou anulabilidade no negócio jurídico.

Assim delimitado o objeto a ser enfrentado ao longo deste voto, necessário delinear a moldura fática pertinente ao caso ora em apreço, nos termos em que fixada pelas instâncias ordinárias.

Nesse ponto, destaca-se o reconhecimento da configuração de simulação pela Corte de origem, consistente na celebração, pelo autor, a ré e seu filho (Wagner Luis Bernardes de Freitas), de compromisso de compra e venda, com cláusula de retrovenda, a fim de ocultar o estabelecimento de pacto comissório - garantia ao contrato de mútuo usurário firmado entre o autor e o filho da ré.

No presente caso, a contrário do que afirma a sentença proferida, restou plenamente demonstrada a simulação e o pacto comissório firmado entre as partes, bem como a prática de agiotam por parte do apelado e de seu sócio Walmir.

Os indícios já aparecem no próprio compromisso de venda e compra firmado entre as partes. Na cláusula segunda do contrato, consta que o valor do contrato era de R\$ 70.000,00 e foi “*pago em moeda corrente e legal*” no ato. Na cláusula seguinte, afirma-se que a posse foi entregue na data da celebração do contrato, sendo que posteriormente o Apelado ajuizou presente demanda para ser imitido na posse, uma vez que a vendedora, apesar de ter integralmente recebido o preço,

não desocupou o imóvel. Finalmente, a cláusula nona do contrato prevê expressamente a possibilidade de **retrovenda** do imóvel, ficando “*facultado aos promitentes vendedores o direito de reaver o imóvel objeto do presente, no prazo de 20 (vinte) meses a contar desta data, restituindo o preço, devidamente corrigido, mais as despesas feitas pelo comprador, consoante o artigo 1.140 do Código Civil Brasileiro*”.

O instituto da retrovenda é lícito e encontra previsão legal no ordenamento jurídico. No entanto, é pouco utilizado para fins lícitos, sendo habitual na prática de agiotagem e para burlar a vedação do pacto comissório, contido no art. 765 do C. Civil de 1916.

Ora, diante de todos os fatos narrados e constantes dos autos, claro está que não houve nenhum compromisso de venda e compra firmado entre as partes. Houve sim simulação, para garantir contrato de mútuo, entre o filho da Apelante (Wagner) e o apelado, com a cobrança de juros usurários.

No caso, a simulação realizou-se com o intuito de disfarçar o pacto comissório entabulado entre as partes, que é igualmente vedado em lei, ante o que dispõe o artigo 765 do C. Civil de 1916: “*É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento*”.

Na presente demanda, encontra-se comprovada a existência de mútuo usurário, bem como a indevida transferência do imóvel, em simulação que visava dar ao Apelado garantia real, motivo pelo qual reconheço a nulidade do compromissivo de venda e compra firmado entre as partes, por ofensa ao art. 765 do C. Civil de 1916, e julgo improcedente a ação [...].
(fls. 264-276, e-STJ; grifou-se)

Nesse contexto, cumpre esclarecer que o negócio jurídico subjacente à demanda em tela fora pactuado durante a vigência do Código Civil de 1916, razão pela qual a controvérsia deve ser dirimida à luz das disposições do citado Diploma, em observância às regras de direito intertemporal (cf. artigo 2.035 do CC/2002, primeira parte).

A simulação - concebida como declaração enganosa da vontade, manifestada com o objetivo de aparentar negócio diverso daquele efetivamente desejado -, de acordo com a disciplina constante do Código Civil de 1916, ensejaria a **anulabilidade** do negócio jurídico, porque considerada como um defeito deste, ao lado da coação, erro ou ignorância e dolo; nesse sentido, dispunham os artigos 102 a 105 do mencionado diploma, a saber:

Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas das a quem realmente se conferem, ou transmitem.

II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira.

III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou posdatados.

Art. 103. A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.

Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.

Art. 105. Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda. (grifou-se)

Tratando-se de causa de anulabilidade e não de nulidade, sob a égide do diploma civil anterior, discutia-se a possibilidade de alegação deste defeito em defesa de um dos contraentes, a fim de afastar as consequências jurídicas do ato simulado, mormente diante do enunciado pelo artigo 104, isto é: “*Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.*”

Especificamente acerca desta temática, necessário destacar que esta Corte, antecipando-se ao regime do instituto da simulação no Código Civil de 2002 – em que é considerada como vício social -, manifestou-se no sentido de que a sanção decorrente de sua configuração seria a nulidade e não a anulabilidade, **notadamente** nos casos em que o negócio jurídico ocultado por meio da simulação encontrava vedação expressa no ordenamento jurídico e, por isso, deveria ser reputado nulo de pleno direito.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes, em que a atribuição de efeitos de declaração de nulidade ao reconhecimento da simulação, sob a vigência do Código Civil de 1916, deu-se em virtude do fato de o negócio simulado visar, de maneira fraudulenta, afastar vedações estabelecidas em lei.

EMPRÉSTIMO DE DINHEIRO GARANTIDO POR IMÓVEL. SIMULAÇÃO. PACTO COMISSÓRIO. E NULO O NEGÓCIO SIMULADO, QUE PERMITE AO CREDOR FICAR COM O OBJETO DA GARANTIA, NO CASO DA DIVIDA NÃO SER PAGA NO VENCIMENTO. 2. EM DECORRÊNCIA DOS MOTIVOS, E RELEVANTES, DA NULIDADE, O PACTO COMISSÓRIO NÃO SE LIMITA AOS CASOS EXPRESSAMENTE PREVISTOS NO ART. 765 DO COD. CIVIL. HIPÓTESE DE SUA APLICAÇÃO EM VENDA E COMPRA (ESCRITURA E COMPROMISSO). 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 2216/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/1991, DJ 01/07/1991, p. 9189)

CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INEXISTÊNCIA DO BEM. SIMULAÇÃO BILATERAL. EM CASO DE SIMULAÇÃO BILATERAL EM NEGÓCIO DE MUTUO, COM SUPPOSTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM INEXISTENTE, DECLARA-SE A NULIDADE

DESTE, COM A SUBSISTÊNCIA DO EMPRÉSTIMO, SEM OFENSA AO PRINCIPIO DO ART. 104 DO CÓDIGO CIVIL. (REsp 10984/RS, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/1991, DJ 26/08/1991, p. 11402)

Oportuno citar um excerto do voto-vista proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro, no julgamento do Recurso Especial 2.216/SP, cuja ementa foi acima transcrita, dada a semelhança em relação ao caso ora em exame:

A vedação de fazer empréstimos, como o de que se cogita, tem como destinatário o estabelecimento bancário. Seus dirigentes devem abster-se de efetuá-los. Ora, a proibição do pacto comissório visa, a toda evidência, proteger o mutuário. Seria iníquo impedi-lo de alegar a simulação feita para encobrir ato ilícito do mutuante. O respeito aparente ao disposto a norma de ordem pública, que é a do artigo 765 do mesmo Código.

Dentro desse quadro, tenho como admissível alegar-se simulação, sem contrariar o objetivo a que visa atingir o questionado artigo 104, que, diga-se de passagem, consagra norma que a doutrina considera superada. Fraudulenta ou não a simulação – esta a atual tendência – há que se admitir possa qualquer dos participes pretender a declaração da verdadeira natureza do ato, ressalvando-se apenas os terceiros de boa fé. Essa é a sistemática do Anteprojeto do Código Civil. (grifou-se)

De fato, na demanda em tela, consoante já mencionado, o negócio jurídico simulado visava ocultar verdadeiro pacto comissório real, o qual, nos termos do artigo 765 do Código Civil de 1916, era expressamente vedado, a saber:

Art. 765. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratório, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Sobre a referida nulidade, leciona Marco Aurélio Bezerra de Melo ser escopo da norma evitar possível enriquecimento ilícito/sem causa do credor, porquanto, não raro, o valor do bem dado em garantia supera, em muito, o montante do débito. Ressalta o autor, outrossim, a vedação à perda de bens sem o devido processo legal, garantia de matriz constitucional, senão vejamos:

No tocante ao estudo dos direitos reais de garantia, podemos dizer que o pacto comissório é a cláusula que autoriza o credor com garantia real a ficar imediatamente com a coisa se a dívida não for paga no vencimento.

Essa cláusula se encontra proibida pelo caput do artigo 1.428 do Código Civil no sentido de que "é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratório, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se

a dívida não for paga no vencimento". Constitui nulidade textual, ou seja, prevista expressamente em lei, ex vi do art. 166, VII, do Código Civil, que retira a eficácia da cláusula comissória, seja ela estabelecida no próprio pacto ou em documento apartado (art. 2.744, p. final, Código Civil

italiano), sem, contudo, atingir o contrato. A proibição se justifica, pois se a cláusula contratual pudesse produzir efeito, estaria o ordenamento jurídico referendando um possível enriquecimento sem causa e "poria o devedor à mercê de explorações usurárias", em detrimento dos legítimos interesses do devedor e da própria sociedade, uma vez que é totalmente possível que o bem dado em garantia supere, em muito, o montante da dívida. Clóvis Beviláqua fundamenta a proibição na moral: "a proteção do fraco em face da exploração gananciosa do argentário, que usa desse meio para extorquir do devedor por preço irrisório, o bem que este lhe dá em garantia do pagamento". Outra razão justificadora da proibição pode ser encontrada no princípio constitucional processual do devido processo legal, de vez que o art. 5º, LIV, da CRFB veda a perda forçada de bens sem o devido processo legal. Concluindo, temos que para que o credor tenha a sua pretensão satisfeita, terá que executar a dívida e, após a observância dos requisitos legais presentes no processo de execução, receber apenas o seu crédito. O que sobejar, deverá ser entregue ao devedor. (*Direito das Coisas*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 381/382; grifou-se)

O reconhecimento de nulidade absoluta, nesse contexto, quanto se trate de simulação, encontra amparo na própria dicção do inciso V do artigo 145 do Código Civil de 1916, segundo o qual é nulo o ato jurídico quando a lei taxativamente assim o declarar ou lhe negar efeito.

PACTO COMISSÓRIO - SIMULAÇÃO - CÓDIGO CIVIL, ART. 765 HAVENDO PACTO COMISSÓRIO, DISFARÇADO POR SIMULAÇÃO, NÃO SE PODE DEIXAR DE PROCLAMAR A NULIDADE, NÃO PELO VÍCIO DA SIMULAÇÃO, MAS EM VIRTUDE DE AQUELA AVENÇA NÃO SER TOLERADA PELO DIREITO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 21.881/SP, REL. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 03/08/1982).

Escritura de compra e venda. Coação. Empréstimo em dinheiro garantido por imóveis. Pacto comissório. Precedentes da Corte.

1. Não identificado no acórdão o momento em que cessou a coação, reputada contínua diante da realidade dos autos, não há como identificar prescrição.
2. Antigo precedente da Corte assentou que existente pacto comissório, "disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade, não pelo víncio da simulação, mas em virtude de aquela avença não ser tolerada pelo direito" (REsp nº 21.681/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 3/8/92). 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 784273/GO, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, Terceira Turma, DJ 26/02/2007)

2.2 Estabelecidos os efeitos jurídicos a serem atribuídos aos negócios jurídicos simulados, particularmente aqueles celebrados para encobrir/ocultar ato infringente à lei, neste caso, à norma que vedava o pacto comissório (artigo 765 do Código Civil de 1916), mister ressaltar, no que concerne ao reconhecimento judicial da nulidade, que ele pode ocorrer incidentalmente ao processo, como matéria de defesa, ou por meio de ação.

[o reconhecimento de nulidade absoluta do negócio] Pode ocorrer de dois modos: a) incidentemente no processo; b) por meio de ação. O reconhecimento incidental da nulidade no processo dá-se por meio de decisão *ex officio* do juiz ou por iniciativa da parte (contestação, petição simples, objeção de executividade etc.). O interessado pode, ainda, ajuizar ação para que seja reconhecida a nulidade do negócio ou do ato jurídico. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 375)

Sob a mesma perspectiva, leciona José Carlos Barbosa Moreira, salientando que o negócio nulo não precisa ser desconstruído, inexistindo, para o interessado, o ônus de ajuizar demanda com tal escopo, podendo a matéria ser veiculada como defesa ou reconhecida, de ofício, pelo julgador. Nos exatos termos utilizados pelo processualista:

O negócio nulo não precisa ser desconstituído. Com ressalva de exceção prevista em lei (ex.: casamento, art. 1.549), não existe, para o interessado na declaração da nulidade, o ônus de propor ação com o fim de vê-la declarada: a nulidade pode ser argüida em defesa, assim como deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz (art. 168, parágrafo único). Aliás, o art. 4º, nº I, do Código de Processo Civil não contempla ato, mas apenas relação jurídica, como objeto de ação declaratória. (Invalidade e Ineficácia do Negócio Jurídico. Revista de Direito Privado, São Paulo, ano 4, nº 15, jul/set, 2003, p. 229)

Partindo dessa premissa, afigura-se despicienda a necessidade de a mencionada nulidade ser arguida por meio de **ação própria ou reconvenção**, consoante aduz o recorrente, pois, como bem afirmou o Tribunal de origem, trata-se de objeção substancial, matéria de defesa de ordem pública, passível de pronunciamento *ex officio*.

Acerca das mencionadas objeções substanciais e, ainda, sobre a possibilidade de seu reconhecimento de ofício pelo julgador, leciona José Joaquim Calmon Passos:

Há fatos extintivos ou impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele, portanto, deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. E assim agindo, o juiz não profere uma sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que, uma vez provado nos autos, reclamam a consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito. No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo é uma exceção; e porque não determinando a sua existência, necessariamente obstáculo à prolação de uma sentença justa, reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o princípio dispositivo, que lhe impede tomar a iniciativa de tutela do interesse das partes. No segundo caso, cuida-se de uma objeção, porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito), se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado. (PASSOS, José Joaquim Calmon. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 255; grifou-se)

Ademais, não é admissível a reconvenção quando o efeito prático almejado puder ser alcançado com a simples contestação, por ausência de interesse de agir. Consoante afirma o processualista Freddie Didier Jr., "[...] não é possível a reconvenção para o exercício de exceção substancial, direito que deve ser exercido como reação, na própria contestação." (Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 560)

Nessa ordem de ideias, é de rigor a manutenção do acórdão impugnado, que acolheu a tese de nulidade veiculada na contestação, considerando as peculiaridades do caso e, ainda, pautado-se pela orientação jurisprudencial desta Corte, consoante explanado ao longo deste voto.

3. Do exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso e, na extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Números Origem:	159797	17141997	1714971	1948114001
	1948114102	19481148	1948114800	200800287136

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

RECORRENTE : EDSON NATAL RIGO FILHO

ADVOGADOS : ALEXANDRE MENEGHIN NUTI E OUTRO(S)

RODRIGO MENEGHIN NUTI

RECORRIDO : MARIA TEREZINHA DE FREITAS

ADVOGADO : JOSÉ CARLOS MARSICO E OUTRO(S)

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.