



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



Registro: 2017.0000006520

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008937-97.2004.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante SANDRA REGINA POLETTI (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados JOÃO ANTONIO DA SILVA e MARILDA APARECIDA LIMA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO E ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

Silvério da Silva  
Relator  
Assinatura Eletrônica



**VOTO Nº: 11703**

**APELAÇÃO Nº: 0008937-97.2004.8.26.0506**

**COMARCA: RIBEIRÃO PRETO**

**JUIZ DE 1ª INSTÂNCIA: LOREDANA HENCK CANO DE CARVALHO**

**APELANTE: SANDRA REGINA POLETTTO**

**APELADOS: JOÃO ANTONIO DA SILVA E OUTRA**

L

Apelação Cível. Anulação de escritura pública. Imóvel dado em garantia de empréstimo. Alegação de usura. Pretensão do adquirente em ser integrado na posse do imóvel. Ação julgada improcedente, entendimento da ausência de provas. Recurso da autora. Conjunto probatório que revela a existência de contrato de mutuo e não compra e venda. Simulação. Ausência de vontade dos proprietários de vender. Negócio jurídico nulo. Venda de imóvel de extensa área (urbana) no município de Ribeirão Preto. Preço vil. Ausência de prova do pagamento do preço do imóvel. De rigor a declaração de nulidade da escritura. A ação é procedente, com a inversão da sucumbência. Recurso provido.

A sentença de fls. 424/426, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico, julgou improcedente a ação, pondo fim ao processo com resolução de mérito, com base no art. 269, I do CPC/73, e condenou a autora a pagar aos réus uma indenização no valor de R\$ 2.000,00, além do pagamento de todas as despesas realizadas por eles durante o processo, com base nos artigos 17, II e III, e 18, § 2º, ambos do CPC/73. Ante o princípio da sucumbência, condenou a autora ao pagamento dos honorários advocatícios à parte adversa, fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º do CPC/73, observando-se a ressalva contida no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Inconformada, apela a autora, fls. 433/444, pugnando

pelo provimento de seu recurso para anulação da decisão, determinando que seja proferida nova sentença com fundamentação adequada, ou pela reforma da decisão, para que a ação seja julgada procedente.

Recurso recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, fls. 445.

Contrarrazões às fls. 448/451.

### **É o relatório.**

Alega a autora que, em razão de dificuldades financeiras, solicitou dos réus um empréstimo no valor de R\$ 40.000,00 em favor da empresa da qual ela e seu marido eram sócios. Como garantia, foi feita escritura de compra e venda de um imóvel em favor dos réus, de forma que alega venda simulada, pois se a dívida fosse quitada, os réus cancelariam a alienação.

Ocorre que o valor foi emprestado a juros exorbitantes, e não tendo possibilidade de quitar o débito contraído, acabou por perder o imóvel. Alega que houve agiotagem e que teve que entregar o imóvel.

Alega, em suas razões de apelação, que a sentença não teve embasamento de fato e de direito, e que a tese que acatou não atende a lei e não faz justiça. Alega ter sido proferida de forma *infra* e *citra petita*, e que o julgamento sempre foi contrário às provas dos autos, sendo que questões de ordem pública foram simplesmente deixados de lado. Alega que houve o empréstimo, e que para dar legalidade às transações, os réus utilizam uma *factoring*, denominada "JR FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA.", para dar aspecto de legalidade em suas operações; que o imóvel dado em garantia, à época dos fatos, tinha valor de aproximadamente R\$ 100.000,00, ou seja, muito superior ao mencionado na escritura de compra e venda, onde se lançou pelo valor venal vil de outrora (R\$ 9.226,00).

Respeitado o entendimento da juíza que proferiu a sentença, alvitro que as provas dos autos são suficientes para confirmar a versão da autora da inexistência de venda e compra e sim contrato simulado. O negócio feito entre as partes foi um contrato de mútuo, certamente com

cobrança de juros elevados, pois esta é a informação constante dos depoimentos das testemunhas. Ainda que a testemunhas declarem ter tomado conhecimento dos fatos por meio da própria autora e de seu companheiro, fazem menção que os fatos foram relatados pela autora e companheiro ao tempo que pagavam prestações para os réus.

A prova oral colhida em audiência, sozinha, é insuficiente para demonstrar a existência de usura, como bem observou a juíza que sentenciou o processo. Contudo, existem outros elementos de provas que corroboram a prova oral e revelam que se trata realmente de contrato simulado. Ao invés de firmarem o contrato de mútuo, o mútuo ficou ajustado verbalmente, e por trás, o contrato de compra e venda para garantir o pagamento da dívida.

A autora afirma que o réu João é pessoa que empresta dinheiro a juros. O réu não nega, pois declara que é proprietário de uma empresa de *factoring*, ainda que tenha negado que o negócio jurídico realizado com a autora foi de empréstimo.

As testemunhas inquiridas, embora declarem que não assistiram ao negócio feito entre as partes, nem aos pagamentos, não negam que a autora e o companheiro falavam que deviam ao réu e pagavam a dívida com a cobrança de altos juros.

Existem nos autos vários documentos de pagamentos feitos pela autora em favor do réu que não foram explicados. Ora, se foi o réu quem comprou o imóvel da autora, ele era quem devia estar pagando a autora, e não ela a ele.

Há nos autos boletim de ocorrência no qual consta que o réu João ameaça uma outra pessoa para cobrança de valores de empréstimos.

Na escritura pública, que a autora afirma que se cuida de negócio simulado, existem circunstâncias que corroboram a sua alegação. Ao firmar a escritura no tabelionato, não houve pagamento à frente do tabelião. Consta que o pagamento já tinha sido feito anteriormente.

Cuida-se de imóvel situado em área urbana no município

de Ribeirão Preto, com área de 1.566,38 metros quadrados, vendido por preço, certamente, muito inferior ao preço real, ou seja, R\$ 9.226,00 (escritura – fls. 78/80).

Frise-se, ainda, houve a outorga da escritura pública, mas o comprador não tomou posse do imóvel; quem permaneceu na posse foi a autora e companheiro.

É difícil, com este quadro probatório, não se admitir que o réu João emprestou dinheiro ao companheiro da autora, e o casal foi obrigado a outorgar escritura do imóvel como garantia.

Como é sobejamente sabido, a alienação de imóvel por preço inferior ao valor de mercado é indicativo de que efetivamente não houve venda, mas sim contrato de mútuo (agiotagem) com aspecto de contrato de compromisso de compra e venda.

Se existe defeito no ato jurídico, não existe razão para verificação de autenticidade de assinatura e nem como o negócio foi tratado, pois o contrato escrito é uma simulação.

Normalmente, o devedor firma em favor do credor contrato de compromisso; contudo, é perfeitamente possível que tenha, no caso, outorgado de pronto a escritura definitiva. Ainda que não conste cláusula de retrovenda, se for caso de se declarar nulidade, não precisa analisar o que ficou escrito por simulação.

Tendo sido o imóvel dado como garantia, não existiu a compra e venda, pois para haver a alienação é necessária a vontade dos vendedores. Escritura passada sem vontade de vender é ato nulo.

A respeito, sempre apropriado lembrar a lição do mestre WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no seu "Curso de Direito Civil" (fls. 79 - Ed. Saraiva), "**Elementos constitutivos do contrato: - Esses elementos são três: res, pretium et consensus, ou em vernáculo, coisa, preço e consentimento. Estabelece, de fato, o art. 1.126 que 'a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço'. Em certos contratos,**

***sobretudo nos de compra e venda relativos a bens imóveis, vem acrescentar-se quarto elemento, que é a forma".***

Não existem provas que permitam concluir se os devedores pagaram a totalidade da dívida, e nem se havia cobrança de juros exorbitantes. Mas inquestionável a simulação.

Constam dos autos depósitos feitos pela autora em favor da *FACTORING*, empresa do réu para abatimento da dívida contraída, mas os documentos são insuficientes para se saber o quanto foi pago.

Mas isso não impede que se reconheça a existência de simulação, ou seja, que não houve contrato de venda e compra.

Portanto, há elementos suficientes para se chegar à conclusão de que houve, de fato, uma simulação de compra e venda de imóvel para ocultar que tenha sido objeto de garantia de contrato de mútuo usurário firmado entre a autora e os réus, prática expressamente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com o artigo 765 do CC/1916 (vigente à época da lavratura da escritura), *"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."* O artigo foi substituído pelo art. 1.428 do CC/2002, repetindo-se os mesmos termos.

Portanto, resta claro que o negócio entabulado é nulo.

Referida situação já foi analisada pelo c. Superior Tribunal de Justiça, que assim entendeu:

*"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; neste 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 publico, a bem da lei, ou da fazenda. (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 pignoratício, 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 pignoratício, 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, conquanto 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.*

*No mesmo sentido, destacam-se os seguintes precedentes:*

*'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 vício 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.*

*No ponto, destaca-se o seguinte excerto doutrinário, [o reconhecimento de nulidade absoluta do negócio] Pode ocorrer de dois modos: a) incidentalmente 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)*

Assim, de rigor a procedência da ação, para declarar a nulidade da escritura de compra e venda do imóvel constante de fls. 78/80 destes autos, invertendo-se a sucumbência.

Quanto à aplicação do disposto no **art. 85, § 11** do CPC/2015, de acordo com o **Enunciado administrativo n. 7 do c. STJ**, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016, "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.*"

Ante o exposto, dou provimento em ao recurso.

**SILVÉRIO DA SILVA**

**Relator**