

EMBARGOS DE NULIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 63.081

1.º Grupo de Câmaras Cíveis

Relator: Des. Basileu Ribeiro Filho.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Embargos de Nulidade na Apelação Cível n.º 63.081, em que é embargante Emma Muller e embargado, Sebastião Pereira de Souza:

Acordam os Juizes do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em rejeitar os embargos.

Relatório a fls. 172. A divergência a ser decidida consiste em saber se a uma simulação de venda com retrovenda encobrendo mútuo usurário, se aplica o art. 104 do C. Civil, que proíbe à própria parte alegar a simulação dolosa, como sustentou o douto voto vencido ou o art. 146, parágrafo único, do mesmo Código, segundo o qual as nulidades devem ser pronunciadas de officio, como decidiu o V. Acórdão embargado.

Convém partir dos princípios que regem a matéria: enquanto que as nulidades enumeradas no art. 145 do Cód. Civil podem ser declaradas de officio, como determina o art. 146, as anulabilidades enunciadas no art. 147, como ordena o art. 152, só podem ser alegadas pelo interessado. Aqui, é preciso notar que a lei considera interessado para êsse fim, no que diz respeito às partes e em matéria de vícios da vontade, aquela que, inocentemente, foi prejudicada. Tanto assim que, em relação ao dolo, o art. 97 dispõe que se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma poderá alegá-lo. Interfere, por conseguinte, na disciplina dos institutos em questão, o princípio de que ninguém pode invocar a sua própria torpeza.

Situando a simulação nesse quadro, verifica-se que ela apresente duas peculiaridades: a primeira é a de cons-

tituir um defeito do ato jurídico de que ambas as partes participam, nenhuma delas podendo ser considerada inocente; daí a regra do art. 104 do C. Civil, invocada pelo douto voto vencido. A segunda peculiaridade é a seguinte: o ato simulado ou aparente geralmente encobre outro, o ato dissimulado ou verdadeiro que prejudica terceiros ou viola a lei. Quando isto não ocorre, quando a simulação é inocente e não dolosa, nem ocorre defeito de ato jurídico, como expõe o art. 103. Quando a simulação é dolosa e o ato dissimulado viola a lei, êste é nulo e, então, estamos por assim dizer diante de uma nulidade dentro de uma anulabilidade. Por isso o art. 105 determina "Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda", norma que se vê é própria das nulidades e não das anulabilidades, norma que revela a feição híbrida que a simulação muitas vezes assume. Ora, essa questão, êsse problema da nulidade dentro da anulabilidade, com a devida vênia do erudito voto vencido, foi acertadamente colocado e resolvido pelo V. Acórdão embargado, entendendo que a nulidade, embora encoberta, devia — como defeito mais grave — prevalecer sobre a mera anulabilidade, não cabendo, assim, dar pela carência de ação, mas, devendo a Justiça conhecer e declarar essa nulidade.

Aliás, o art. 13 do Decreto n.º 22.626 de 7 de abril de 1933, Lei da Usura, fazendo aplicação expressa e específica dos princípios expostos declara: "É considerado delito de usura tôda simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa de juros ou a fraudar os dispositivos desta lei etc."; havendo ilícito penal há, sem dúvida, ato jurídico nulo por ilicitude do objeto.

Ric de Janeiro, 2 de setembro de 1971. — *Francisco Pereira de Bulhões*

Carvalho, Presidente, com voto em separado. — *Basileu Ribeiro Filho*, Relator. — *Graccho Aurélio*, com voto em separado.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DESEMBARGADOR BULHÕES CARVALHO

Sebastião Pereira de Souza move ação declaratória contra Emma Muller, alegando que estava necessitando de dinheiro e foi atraído por um anúncio de jornal onde se anunciavam empréstimos sob garantia de imóveis; que, em vista da premência, o autor sujeitou-se a assinar um contrato pelo qual se obrigava a vender seu apartamento sito à rua Siqueira Campos n.º 164/703, pelo preço de Cr\$ 4.500.000, recebendo Cr\$ 3.000.000 no ato e Cr\$ 1.500.000 por ocasião da escritura definitiva (cruzeiros antigos); que a dívida deveria ser paga no prazo de seis meses, com a manifestação de arrependimento, sob pena de o dito contrato tornar-se irrevogável e irretroatável e ser outorgada escritura definitiva, mediante procurador constituído na mesma escritura; que, vencido o prazo acima aludido e não dispondo ainda de recursos para liquidar a dívida, o autor teve de admitir outro contrato da mesma espécie, em que se obrigava também a vender o seu apartamento, variando, porém, o preço contratual, agora subindo para 9 milhões o preço da venda; que, do valor do sinal de 3 milhões de cruzeiros da primeira escritura, o autor recebeu apenas 2 milhões, trezentos e quinze mil cruzeiros; que de toda a espoliação, o autor terminou recebendo apenas Cr\$ 2.865.000, saldo das duas escrituras; que, em face do exposto propõe ação para que se declare que o contrato de que dá notícia o documento junto é de mútuo e não de promessa de compra e venda e que a dívida foi constituída em 5 de maio de 1965, no montante de Cr\$ 3.345.000, declarando nesse montante de 480 mil

cruzeiros de despesas, sôbre a mesma correndo os juros admitidos pela lei e não aquêles quase 200% ao ano que necessariamente levaria a escritura simulando uma promessa de venda.

A sentença de primeira instância julgou procedente, em parte, a ação, para declarar nulo o contrato celebrado entre autor e ré, o qual deve ser considerado de mútuo e nulo de pleno direito nos termos do art. 11 do Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933 (fls. 95).

O acórdão embargado, quanto ao mérito, negou provimento à apelação. A divergência ocorreu quanto à preliminar da carência de ação, em face ao art. 104, do Código Civil, que proíbe às partes alegar a simulação em litígio de uma contra outra, desde que tenha havido intuito de infringir preceito de lei.

O que pôsto:

O primeiro ponto que se nota neste feito é que o autor na inicial não propôs ação de nulidade, mas pediu a simples declaração de que um contrato de promessa de compra e venda dissimulava um contrato de mútuo no valor de Cr\$ 3.345,00, além de Cr\$ 400,00 de despesas e juros legais (fls. 5).

A sentença de primeira instância, excedendo o pedido, considerou o contrato como sendo de mútuo, e, como tal, declarou-o nulo de pleno direito nos termos do art. 11, do Decreto número 22.626, de 7 de abril de 1933, desaperecebido o Dr. Juiz de que o referido dispositivo havia sido revogado pelo art. 4.º, *a* e *b*, combinados com o § 3.º, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que não anula o contrato, mas apenas manda o juiz reduzir o juro ou o lucro aos seus limites legais, como aliás havia pedido o autor na inicial da ação.

Tendo sido, entretanto, confirmada a sentença unânimemente nesse ponto, não haveria como modificá-la em grau

de embargos, embora deva ser assinalada a referida situação de fato.

A respeito da matéria propriamente em debate, restringe-se à interpretação do art. 104, do Código Civil.

Peço vênia para transcrever aqui o que a respeito dêsse dispositivo escrevi na obra "Ineficácia do ato jurídico e reforma do Código Civil":

"Também não é digno de aplauso o art. 104 (escrevi eu), segundo o qual "tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir disposição 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".

"Pretende-se que essa norma seja uma aplicação do princípio de que a ninguém deve ser permitido alegar a própria torpeza, "nemo auditor propriam turpitudinem allegans".

"Entretanto, TAL NÃO OCORRE. Como mostra Cunha Gonçalves, o princípio acima citado veda que alguém alegue a própria torpeza para obter o cumprimento dum contrato. No caso da simulação fraudulenta, ao contrário, o que o autor do ato simulado pretende é precisamente o oposto: destruir a convenção simulada, restaurar a verdade, evitando o prejuízo que os terceiros sofreriam com a simulação e a violação da lei que estava encoberta pela simulação. De outro lado, se o Código declarar nulo o ato contrário à lei e à moral, não pode ser vedado ao simulador alegar e pedir a declaração dessa nulidade (Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. V, II, n.º 768, pág. 891, ed. 1956).

"A doutrina moderna de há muito rejeitou êsse sistema acolhido no artigo 104 do nosso Código "inadequado dispositivo (como tivemos ocasião de escrever em outro trabalho) que, se fôsse rigorosamente aplicado conduziria às mais estranhas conseqüências, aberrantes da equidade e do próprio senso comum". O legislador acumplicia-se

com o crime, com o prejuízo de terceiros e com o locupletamento indevido de uma das partes ou de terceiro contra o simulador.

"Repetindo arrazoado de Bozéran, em 1958, diríamos que, então, permitir-se-ia que o miserável que pôs o punhal na mão do assassino, a tocha nas mãos de incendiário possa reclamar o pagamento ou o reembolso do seu odioso salário" (Savey Casard, "Le refus d'action pour cause d'indignité", n.º 64, pág. 119), bastando que encubra o seu contrato sob o véu da simulação ("Incapacidade Civil e Restrições de Direito", vol. I, n.º 149, página 201)" (obra citada, pág. 55).

Vem do direito romano a tradição de que a simulação não é caso de nulidade, mas de simples declaração da eficácia do ato oculto, tal como foi querido pelas partes contratantes, sem ter em conta a aparência com que se procurou fôsse êle dissimulado. Nesse sentido o Código, livro 4, título 22, tem a seguinte ementa: "plus valore quid agit, quam quod simulate concipitur"; "mais vale o que se faz do que o que se expressa mediante simulação" (v. Maynz, 2, § 202, nota e textos que cita).

A doutrina e legislação modernas acompanham êsse ponto de vista, do qual o nosso Código Civil parece discrepar, ao considerar a simulação motivo de anulabilidade, confundindo simulação com fraude.

Para explicar a obscura e anômala orientação de nosso Código sobre simulação inocente e fraudulenta, nos seus arts. 103 e 104, Eduardo Espínola propôs que o Código considere anulável apenas o ato simulado, de sorte a prevalecer o ato dissimulado ou oculto, o qual valerá pelo seu verdadeiro caráter ("Manual do Código Civil", III, I, n.º 127).

Evidente seria nesse caso a falta de técnica de nosso legislador, porquanto teria confundido com nulidade a sim-

ples ineficácia do ato aparente ou simulado em relação ao ato real ou oculto ou dissimulado.

Da mesma forma seria inaceitável a opinião de que a simulação traria a nulidade de todo o ato quer aparente quer oculto, que nos levaria às conclusões mais extravagantes.

Com efeito, se, por exemplo, uma venda aparente encobrir uma doação real, a ação movida pelo terceiro prejudicado pela venda tenderia a anular também a doação, o que importaria em dar ao terceiro um poder muito maior do que no caso de fraude contra credores, em que só pode pedir a rescisão do contrato mediante os requisitos especiais da ação pauliana e na medida em que basta para ressarcir a lesão do seu direito.

No caso de ação movida pela fazenda, a situação é ainda mais absurda. Se, numa escritura de venda, se simular um preço menor do que o real, para lesar a Fazenda no pagamento de impostos, a ação anulatória do ato importaria em anular tôda a venda, quando evidentemente seu objetivo deveria ser apenas o de declarar o preço real, encoberto pela simulação. Por isso dizia o Projeto Coelho Rodrigues que a ação fiscal deveria limitar-se à cobrança de impostos devidos, uma vez provada a simulação (art. 337).

Assim também, no caso de simulação de preço de venda, o locatário com direito de preferência teria interesse em deixar declarado que o preço real da transação seria MENOR do que o que ficara constando da escritura de venda; e a Fazenda teria interesse em demonstrar que o preço real seria MAIOR do que o que ficara constando da escritura, para lesar o fisco no pagamento dos impostos. O interesse quer do locatário quer do fisco seria, em tal caso, apenas o de fazer declarar a REALIDADE DO NEGÓCIO

OCULTO, quanto ao preço da transação e não tornar ineficaz ou nulo todo o negócio, quer aparente quer oculto.

É necessário, portanto, que a jurisprudência, com clarividência e firmeza interprete os imperfeitos dispositivos do nosso Código Civil sobre simulação, especialmente a fraudulenta.

Devemos imitar a jurisprudência francesa que, cada vez mais, vem tolerando a prova da simulação quando reconheça que esta nada mais seja do que um meio de fraudar a lei que declarara a nulidade do contrato oculto pela simulação (Savey Casard, n.º 99, pág. 179).

Devemos, apenas, ter em vista que nem sempre o ato contrário à lei deve ser declarado nulo. Não o será no caso da lei cominar uma sanção diferente da nulidade, como sucederia no caso do contrato usurário, que não é declarado nulo pela lei, mas apenas reduzível aos limites legais do lucro ou do juro.

Sob êste último aspecto, entretanto, o acórdão embargado não poderia ser modificado, por ter sido unânime.

O voto vencedor, no presente acórdão, esposa a boa doutrina na interpretação do art. 104, do Código Civil, de sorte que também o subscrevo.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DESEMBARGADOR GRACCHO AURÉLIO

1 — O objeto dêstes embargos cinge-se à interpretação do art. 104 do Código Civil, porque a maioria da E. 7.^a Câmara entendeu que a simulação poderia ser invocada por um dos contratantes contra o outro, de vez que não houvera fraude à lei fiscal, entendimento que não foi aceito pelo erudito voto vencido, que argumentou com a parte final do art. 105, do mesmo Código, que, ao admitir a declaração da simulação "a bem da lei ou da Fazen-

da”, esclareceu que a fraude a qualquer norma proibitiva era também abrangida pelo precedente dispositivo legal.

2 — A conclusão do venerando acórdão embargado foi acolhida por êste E. Grupo, que se apoiou, contudo, em outras premissas. Segundo o nôvo entendimento, a nulidade do contrato dissimulado prevaleceria sôbre a anulabilidade do pacto simulado, podendo a nulidade ser argüida por qualquer dos contratantes, na forma do art. 146, do Código Civil.

3 — Parece-me, *data venia*, que a tese esposada pelo venerando acórdão apelado, sustentado na opinião de Ferrara, não merece acolhimento em face da nossa legislação, diversa da italiana, onde não existe o veto do art. 104 da lei substantiva.

4 — Por sua vez, embora o venerando acórdão dêste E. Grupo sustente, acertadamente, que a nulidade deve preponderar sôbre a anulabilidade, a verdade é que não enfrentou a tese originária dos embargos, qual seja a da legitimidade do embargado para invocar a simulação, em face da proibição do art. 104 do Código. Não basta que o contrato seja nulo; é preciso que o contratante de boa fé tenha qualidade para pedir prestação da atividade jurisdicional para a decretação da nulidade.

Ademais, a solução do venerando acórdão apresentaria o inconveniente de admitir a invocação da nulidade por qualquer dos contratantes (art. 146, do Código Civil).

5 — A solução do caso, a meu ver, tem que ser encontrada no Direito Brasileiro, ou no Argentino, pois as demais legislações não contêm preceito semelhante ao do controvertido art. 104.

Foi Teixeira de Freitas, no seu “Esboço”, art. 526, quem projetou a proibição.

Dispôs o mestre:

“Art. 526 — Sempre que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei, os contrahentes nada poderão requerer ou allegar em Juízo sobre a simulação dos actos, quer em acções de um contra o outro, quer em acções contra terceiros.”

Esse princípio inexistia no direito anterior, vindo, porém, a ser acolhido pelos projetos Coelho Rodrigues (artigo 336) e Beviláqua (art. 102), passando incólume pela Comissão Revisora, pelo Senado e pela Câmara, sem emendas, até se converter no preceito legal vigente.

Teixeira de Freitas, ao inovar, quis punir o simulador, que ficou proibido de beneficiar-se da própria torpeza. “Nemo de improbitate sua consequitur actionem”.

6 — Nestas condições, parece-me que, quando a malícia é unilateral, o contraente inocente, que se curvou às exigências do contratante mais forte, pode invocar a simulação para que o ato dissimulado se desmascare, com as consequências cabíveis.

O desacolhimento dessa solução importaria em punição à vítima e em prêmio ao opressor, acarretando a subsistência de avença acordada em fraude evidente à lei civil e penal.

7 — Em resumo: acompanhei o voto do eminente Desembargador Relator apenas porque entendi que o contratante de boa-fé — e só êle — teria legitimidade “ad causam” para pleitear o reconhecimento da simulação da promessa de venda, que encobriria mútuo, com juros extorsivos.

8 — Deixo anotado que não entrei na apreciação do mérito da demanda, por não ser objeto dos embargos.