

ROBERTO ALGRANTE
Advogados Associados

RECEBI ORIGINAL COM 520 FOLHAS

CÓPIA(S) COM 2 FOLHAS



Av. Rio Branco, 110 / 35º andar Centro
20040-001 Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Tel: (55 21) 2215-2665

Exmo. Senhor Doutor Desembargador-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco

Prevenção: 5ª Câmara Cível, Des. Josué Antônio da Fonseca de Sena (agravo de instrumento n.º 0019231-53.2009.8.17.0000)

R

HOSPITAL ALFA LTDA. (antes denominado Boa Viagem Medical Center Ltda.), sociedade sediada nesta cidade, no bairro de Boa Viagem, na Avenida Visconde de Jequitinhonha, n.º 1144, inscrita no CNPJ sob o n.º 03.337.575/0001-92; **FATOR IMÓVEIS LTDA.**, sociedade estabelecida na capital do estado do Rio de Janeiro, no bairro do Centro, na rua Anfilóbio de Carvalho, n.º 29, salas 808/809, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.332.095/0001-40; **NOVA BOLONHA PARTICIPAÇÕES LTDA.**, sociedade sediada na capital do estado do Rio de Janeiro, no bairro do Centro, na rua Anfilóbio de Carvalho, n.º 29, sala 810-parte, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.857.021/0001-04; **VASCO RODRIGUES NETO**, brasileiro, casado, engenheiro civil, domiciliado na capital do estado do Rio de Janeiro, no bairro do Centro, na rua Anfilóbio de Carvalho, n.º 29, salas 808/809, inscrito no CPF/MF sob o n.º 831.578.917-20; **FERNANDO ANTÔNIO TORRES RODRIGUES JÚNIOR**, brasileiro, casado, empresário, domiciliado na capital do estado do Rio de Janeiro, no bairro do Centro, na rua Anfilóbio de Carvalho, n.º 29, salas 808/809, inscrito no CPF/MF sob o n.º 878.133.517-29, vêm interpor o presente

**agravo de instrumento com pedido de urgentíssima
"tutela antecipada recursal"**

contra **RB CAPITAL SECURITIZADORA RESIDENCIAL S/A** (atual denominação de **Rio Bravo Securitizadora S/A**), companhia sediada na capital do estado de São Paulo, na Av. Chedid Jaffet, n.º 222, bloco "B", 3º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.773.542/0001-22; e **PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.**, sociedade sediada na capital do estado do Rio de Janeiro, na Rua Sete de Setembro n.º 99, 16º andar, inscrita no CNPJ sob o n.º 15.227.994/0001-50, objetivando a reforma de r. decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo da 23ª Vara

18/09/2009 12:55:22 DISTRIBUIDOR DA BOA VIAGEM



Razões dos Agravantes
(“Hospital Alfa” e Outros)

Douto relator; Egrégia Câmara.

O presente recurso será dividido em três partes principais, estas sim setorizadas em tópicos, com o propósito de expor com maior didática as teses recursais.

A primeira parte é o que se acrescenta e não está contido na petição inicial da ação cautelar originária, desde reflexões sobre os fatos e elementos jurídicos relevantes, até críticas incisivas à (imotivada) decisão guerreada. A segunda parte consubstancia uma transcrição integral do teor da petição inicial da demanda principal, o que se faz por conta da máxima urgência da tutela antecipada recursal, e a fim de viabilizar que a leitura da presente peça recursal tornará desnecessária a leitura daquela exordial.

Já a terceira conterà os pedidos específicos do presente recurso, os quais se alteram em relação àqueles da petição inicial, mas neles se baseiam.

Somente serão alterados os números dos tópicos, para não prejudicar a didática do vertente petitório.

Pois bem.

PRIMEIRA PARTE

1) Um preâmbulo indispensável – da necessária reflexão sobre a necessária utilização do poder geral de cautela e sobre a influência que este recurso terá sobre cada pólo da ação originária:

Raramente depara-se com uma ação cautelar onde seja tão elementar e urgente o exercício do poder geral de cautela, e tão necessário o imediato deferimento da tutela de urgência requerida, não só pela claríssima presença de seus requisitos autorizadores, como pela certeza de que, sem ela, ocorrerá automaticamente um dano material milionário, talvez irreversível, mas muito fácil de ser evitado sem custos ou prejuízos à parte contrária.

E a leitura desta peça recursal demonstrará, irrefreavelmente, que esta ênfase inaugural é pouca diante de um fato inquestionável: a manutenção da (imotivada) decisão ora recorrida resultará na violenta, ilegítima e ilegal extirpação de dois imóveis muito valiosos do patrimônio dos agravantes, podendo colocar a 1ª recorrente em

oportunidade de provar judicialmente que as cobranças das agrávidas são excessivas e abusivas, e as tantas outras ilegalidades e atos de má-fé cometidos pelas recorridas desde a celebração dos contratos, mas em especial ao longo da sua execução.

É fundamental perceber-se, doutos magistrados, que se por um lado se pode fazer justiça com poucas palavras, bastando condicionar-se o praxeamento do bem alienado fiduciariamente à realização de uma perícia contábil judicial equânime e participativa, por outro lado, também com poucas linhas, ou pelo silêncio, se poderá permitir a perda de bens milionários absolutamente indispensáveis às atividades do 1º agravante.

E eis que, num ciclo inevitável, retorna-se àquela pergunta feita logo acima, mas partindo-se diretamente à sua irrefreável resposta: diante da dramaticidade extrema destas conseqüências, não seria minimamente razoável deixar que elas aconteçam sem permitir-se aos recorrentes um acesso à justiça realisticamente efetivo; sem lhes dar o mais básico, que é a chance de provarem seu bom direito e a conduta gritantemente ilegal dos recorridos.

Como se vê, inexistente dilema a dificultar um exercício razoável e justo do poder geral de cautela, pois, na realidade, o deferimento da medida cautelar (aqui requerida e reiterada sob a forma de "tutela antecipada recursal") não terá o condão de causar o mais mínimo prejuízo às recorridas, que permanecerão com plena capacidade de perseguir o crédito que julgam ter, mantendo este seu suposto crédito garantido por imóveis que valem mais do que o dobro da quantia por eles perseguida.

Portanto, inexistente qualquer *periculum in mora* reverso na espécie.

O mesmo não se pode dizer da situação periclitante dos recorrentes, que, sem a medida cautelar aqui requerida, sofrerão prejuízo colossal e definitivo, cuja reparação talvez siga o desgostoso e insuficiente rumo das perdas e danos, cuja indenização, se recebida algum dia, o será após longo interregno, ao longo do qual o 1º agravante não poderá exercer suas atividades, ocasionando o desemprego de seus tantos funcionários e todas as outras conseqüências óbvias.

É por isto que os recorrentes clamam a essa douta relatoria, e depois a essa Egrégia Câmara, que se faça uma profunda reflexão sobre o caso e seus riscos, pois o indeferimento da medida cautelar, nesta seara recursal, significará a falência incidental do poder geral de cautela e da garantia de acesso à justiça, e imunizará esta lide da tutela constitucional do processo.

É por isto, e por tudo mais que se demonstrará adiante, que se faz imprescindível a urgentíssima concessão da tutela antecipada recursal, nos moldes requeridos adiante, e depois a definitiva reforma da decisão ora guerreada, que coloca os



Todavia, o senso de justiça e a correta aplicação do direito processual pelos doutos Desembargadores da Corte bahiana impediu o êxito deste estratagema, pois todas estas várias tentativas foram totalmente rechaçadas¹.

Inclusive, no dia 25-08-2010 foi julgado um agravo regimental interposto pelas agravadas contra a decisão que havia indeferido a liminar por eles requerida num mandado de segurança dirigido ao E. Tribunal Pleno da Corte bahiana (manejado contra ato judicial).

O resultado deste agravo regimental foi acachapante e desfavorável às ora agravadas, pois, dos mais de trinta Desembargadores integrantes do E. Tribunal Pleno daquela Corte, somente um proferiu voto favorável à concessão da ordem.

Em paralelo, vários bradaram contra as teses das ora agravadas, ressaltando, dentre outras coisas, não ser razoável permitir, com base em liminar, o leilão e a conseqüente interrupção das atividades de um hospital deste porte e de tamanha relevância para a sociedade.

Com efeito, este tópico tem o objetivo de demonstrar a estratégia que as agravadas adotaram em outro processo mui similar, pois, isto tem o condão de fulminar, derradeiramente, o falso maniqueísmo que tentam impor. Mas não só, pois também o de chamar a atenção de Vossas Excelências para o fato delas estarem adotando estratagema similar no seio do E. Tribunal de Justiça pernambucano.

E, agora, cientes disto, Vossas Excelências também terão a oportunidade de rechaçar a conduta violenta e desleal das agravadas, impedindo que haja leilão dos imóveis, ou sustando os efeitos de eventuais leilões feitos até que se elabore uma prova pericial contábil.

Por fim, os agravantes registram duas perguntas, que, por si, demonstram a sua boa-fé e que seu direito é legítimo e bom: será que os recorrentes insistiriam na realização de uma prova pericial contábil, e na intimação da CVM, se não tivessem a segurança de que provarão o excesso de cobrança e as absurdas ilegalidades cometidas pelos agravados?

3) Da criticável e equivocada decisão ora recorrida:

¹ Em suma, foi indeferido, pelo Desembargador de plantão, o efeito suspensivo requerido em agravo de instrumento. Pedida reconsideração à Desembargadora sorteada, ela foi indeferida. Proposto mandado de segurança contra tal indeferimento perante o Tribunal Pleno bahiano, o relator indeferiu a liminar. Interposto agravo regimental contra esta última decisão, foi ele desprovido por maioria esmagadora.



Na verdade, conforme comprovado pelo documento de nº 8 anexado à petição inicial da ação originária, o Tribunal de Justiça apenas deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela recursal apresentado pelas recorridas, de modo que permitiu a realização do leilão extrajudicial marcado para o dia 23 de dezembro de 2010. **No entanto, foi expressamente determinado que os efeitos do leilão ficarão suspensos até o julgamento do agravo de instrumento pela Egrégia Quinta Câmara Cível.**

Veja-se, neste sentido, o trecho da R. decisão monocrática abaixo transcrito, proferida pelo Exmo. Desembargador Jovaldo Nunes Gomes:

“Ante o exposto, DEFIRO a medida liminar requerida e suspendo os efeitos da decisão agravada, possibilitando a realização do leilão extrajudicial marcado para hoje, dia 23. Por outro lado, utilizando o poder de cautela que me é conferido pelo art. 798 do Código de Processo Civil, determino que, caso sejam arrematados e/ou adjudicados os bens levados a leilão, a tradição e o título de propriedade só sejam efetivados após o julgamento definitivo deste instrumental.”

Ou seja, doutos Desembargadores, num processo cautelar que tenta proteger imóveis milionários, sem os quais o 1º agravante poderá rumar à bancarrota; onde se comprova a ilegalidade do leilão promovido pelas agravadas, o MM. Juízo *a quo*, na prática, arremessou os agravantes num limbo jurisdicional, nada julgando e intensificando a crise jurídica que deveria aplacar.

Demonstrada a precariedade processual e material da decisão agravada e a sua estratosférica distância das teses apresentadas na petição inicial, passa-se, agora, à segunda parte desta peça recursal, onde se transcreverá o teor da exordial em sua integralidade, com as necessárias adaptações, de modo a permitir que a tutela antecipada recursal possa ser decidida e deferida somente com a leitura do presente petitório.

Em que pese óbvio, tudo o que abaixo se transcreverá integra o objeto deste agravo de instrumento.

SEGUNDA PARTE – DA TRANSCRIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO ORIGINÁRIA

4) Da ação principal a ser proposta:

A ação cautelar originária possui natureza preparatória, e se destina a assegurar a efetividade de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, com pedido declaratório, que será proposta dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 806, do Código de Processo Civil.

como de todo o procedimento de execução extrajudicial deflagrado pelas agravadas, inclusive dos leilões realizados.

A leitura dos referidos estudos técnicos, portanto, se mostra de grande utilidade ao julgamento da ação originária e do presente recurso, de modo que os agravantes postulam para que essa douta Relatoria e essa E. Câmara considerem tudo o que lá está escrito, como se escrito estivesse na presente petição.

7) Do pedido de concessão liminar, sem a oitiva da parte contrária, da medida cautelar perseguida na ação originária e no presente agravo de instrumento:

Amparados no art. 797, do Código de Processo Civil, os agravantes pretendem obter a concessão liminar da medida cautelar perseguida na ação originária, independentemente da oitiva das agravadas, o que se justifica em razão do caráter excepcional da *res in iudicium deducta*, na qual pode ser inferida a presença tanto de inegável *periculum in mora* (o qual será exteriorizado neste tópico), como também de nítida fumaça de bom direito (esta está explicada nos pareceres acima mencionados e nos tópicos abaixo desenvolvidos)

Para se compreender a presença do requisito processual conhecido como *periculum in mora* acima destacada, é necessário se atentar para o seguinte:

- 1- Conforme se pode inferir pela documentação em anexo, dois imóveis pertencentes aos recorrentes foram envolvidos num ilícito e censurável procedimento de consolidação de propriedade, assim como também o foram numa esdrúxula tentativa de leilão extrajudicial – vide docs. 4, 5 e 6.
- 2- Os efeitos do mencionado leilão extrajudicial estão provisoriamente sustados por força de R. decisão monocrática emanada da Egrégia Quinta Câmara Cível, proferida no bojo do recurso de agravo de instrumento interposto pelas agravadas, o qual ataca R. decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo *a quo*, nos autos de ação conexa mencionada no primeiro tópico da petição inicial cuja cópia segue em anexo – através dessa decisão de Primeira Instância, proibiu-se a realização do leilão extrajudicial enquanto estivesse em curso o julgamento do pedido de revisão do suposto débito em cobrança (vide docs. 7 e 8).
- 3- Apesar da existência da decisão judicial acima mencionada, a segunda agravada está tentando tomar posse dos imóveis envolvidos na alienação fiduciária, e, nesse contexto, já fez uma notificação extrajudicial ao locatário deles (o primeiro agravante), exigindo a realização do pagamento mensal no valor de R\$ 409.348,70 (quatrocentos e nove mil, trezentos e quarenta e oito reais e setenta centavos), sob pena de despejo – vide doc. 9.



8) Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na solução da presente ação:

Objetivando gerar uma adequada compreensão da pertinência da afirmação contida no título do presente tópico, os agravantes pedem vênias para inaugurá-lo com a transcrição de breve lição jurídica sobre o tema, proferida pelo MM. Juízo da 21ª Vara Cível da Comarca de Salvador do Tribunal de Justiça da Bahia, por ocasião do deferimento liminar de medida cautelar postulada em ação bastante semelhante à presente, a qual, inclusive, também envolve a eles (agravantes) e a primeira agravada:

“É inegável a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de alienação fiduciária em garantia. Sendo certo que, em linhas gerais, compreende a figura jurídica em comento a concessão de crédito, outorgando a Legislação Consumerista a qualidade de fornecedor ao credor fiduciário, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/1990, ao definir como fornecedor o responsável pela prestação de serviços, restando estes equiparados pelo texto legal às atividades de natureza financeira, de crédito e securitária.”

(...)

“Tendo sido o valor objeto do financiamento utilizado na construção do imóvel destinado à sede do devedor fiduciário, está o mesmo sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, não se equipara ao crédito utilizado na sua unidade fim e sim, na sua própria constituição.” (Exma. Magistrada Lígia Maria Ramos Cunha Lima – trecho de R. decisão interlocutória proferida no dia 27 de janeiro de 2010, no bojo da ação autuada sob o nº 0169681-72.2008.805.0001 – doc. 10)

Ainda com o escopo de propiciar uma adequada compreensão do tema em enfoque, os agravantes pedem vênias para aqui colacionar três outras lições sobre o tema:

“Em um primeiro plano, cabe a indagação se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor aplica-se às hipóteses de alienação fiduciária em garantia, havendo ou não relação de consumo?”

“A resposta deve ser positiva. Vale dizer, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, na parte relativa à proteção contratual (Capítulo VI) aplica-se aos contratos de alienação fiduciária, tanto nos casos onde não haja dúvidas de que se trata de uma relação de consumo, como naqueles onde possa existir a indagação, ante a amplitude da regra do seu art. 29, como bem assinala Antônio Herman V. Benjamin.” (Renan Miguel Saad – “A Alienação

Salvo melhor juízo, através da leitura dos trechos das lições doutrinárias e jurisprudenciais acima transcritas, necessário se mostra concluir pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na solução de controvérsias envolvendo contratos de alienação fiduciária em garantia, tal como é o caso da presente.

Insta destacar, outrossim, que o fato do empréstimo contraído ter sido aplicado na construção do hospital, no qual o primeiro agravante exerce sua atividade-fim, não constitui obstáculo para a aplicação da legislação consumerista ao julgamento da presente ação.

Isto porque, seja sob o ponto de vista da concepção objetiva (também conhecida como maximalista) do Direito do Consumidor, seja sob o ponto de vista da concepção subjetiva (também conhecida como finalista) do Direito do Consumidor, não há incongruência alguma entre as figuras de consumidor e de empresário, de modo que empresários podem figurar como consumidores em diversas relações jurídicas.

Neste sentido, de modo a tornar nítida a pertinência do que foi acima dito, os agravantes pedem vênias para realizar uma breve explanação sobre os dois pontos de vista citados, enfocando a *res in iudicium deducta*.

- Da qualidade de consumidor dos agravantes no contrato *sub iudice*, sob a concepção objetiva/maximalista:

Desde a edição do Decreto 737 de 1850 – legislação ainda em vigor e que cujo anteprojeto é de autoria do prof^o Carvalho de Mendonça –, vigora no Brasil uma divisão dos atos de comércio (atualmente chamados de atos de empresa) que comporta três espécies, atos de comércio propriamente ditos (aqueles que resultam do exercício da atividade fim do empresário), atos de comércio acessórios (aqueles destinados à melhoria/incremento da atividade empresarial) e atos de comércio por força de lei.

Trazendo a classificação acima para a relação jurídica em julgamento, tendo o empréstimo feito pela primeira agravada ao primeiro agravante sido aplicado na construção do Hospital Alfa (anteriormente denominado de Hospital Boa Viagem), não podem existir dúvidas de que tal contrato (sob a perspectiva do primeiro autor) se trata de um ato de comércio acessório, tendo em vista que construir não é a atividade fim dele.

Também pode ser inferido pela análise dos atos constitutivos do primeiro agravante, que o objeto social dele consiste na prestação de serviços médico/hospitalares, de modo que somente essa espécie de atuação pode ser considerada como atos de comércio propriamente ditos praticados por ele, o mesmo se dizendo da aquisição de insumos relativos a tal prestação de serviços (aquisição dos medicamentos que serão dados aos pacientes, por exemplo).



Essa concepção, cuja idealização é de autoria da prof^a Claudia Lima Marques³, é adotada de maneira majoritária pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode inferir pelos trechos e ementas de acórdãos abaixo transcritos:

“Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.”

(CC 41.056/SP – Relatora Exma. Sra. Dra. Ministra Nancy Andrigui)

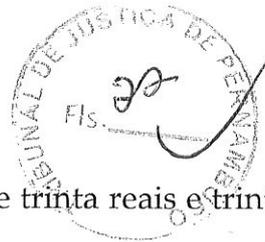
“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Financiamento para aquisição de automóvel. Aplicação do CDC. O CDC incide sobre contrato de financiamento celebrado entre a CEF e o taxista para aquisição de veículo. A multa é calculada sobre o valor das prestações vencidas, não sobre o total do financiamento (art. 52, § 1º, do CDC). Recurso não conhecido.”

(Resp 231.208 – Relator Exmo. Sr. Dr. Ministro Ruy Rosado)

Ora, no caso dos autos, considerando que a primeira agravada é uma empresária cuja atividade fim consiste no serviço de concessão de créditos por meio de negócios fiduciários, dúvidas não podem restar que o primeiro agravante (assim como seus garantantes – os demais agravantes) é a parte vulnerável da *res in iudicium deducta* (que é uma operação creditícia), tendo em vista que, como já acima revelado, sua atividade-fim é a prestação de serviços hospitalares.

Assim, sendo a parte vulnerável da relação jurídica, o primeiro agravante (assim como os demais agravantes) deve ser considerado como consumidor, e,

³ “Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para o uso nas repartições e, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor; Ed. Revista dos Tribunais; 1998).



de face unitário equivalente a R\$ 303.030,31 (trezentos e três mil e trinta e um centavos) – vide doc. 14.

Pois bem.

De tudo o que acima se expôs, pode se inferir que, na realidade, os contratos de promessa de compra e venda, de locação e de cessão de créditos, somente foram contratados para gerar lastro para a emissão de certificados de recebíveis imobiliários.

E esse lastro creditório é um nada jurídico.

Isso porque, como já acima destacado, houve a quitação do preço da promessa de compra e venda, mediante a realização de uma dação em pagamento, por meio da qual os créditos derivados da locação (inerentes aos alugueres) foram cedidos pela Nova Bolonha (segunda autora) para o Hospital Alfa (primeiro autor).

Por sua vez, os créditos locatícios referentes aos alugueres, ao serem cedidos pelo locador ao locatário, deixaram de existir, dada à ocorrência do fenômeno jurídico conhecido como confusão subjetiva (art. 381, do Código Civil).

Assim, diante de tudo o que foi exposto neste tópico, Vossa Excelência deve estar se perguntando qual o motivo para a celebração de tantos instrumentos contratuais, numa situação em que bastaria a primeira agravada contratar um mútuo junto ao primeiro agravante, garantido por alienação fiduciária e pela fiança ou aval dos outros agravantes, para então haver a securitização desses créditos e o conseqüente lançamento dos mesmos no mercado de capitais.

O motivo de tamanha engenharia jurídica se consubstancia no fato de que a Comissão de Valores Mobiliários não autoriza o lançamento, no mercado de capitais, de certificados de recebíveis imobiliários lastreados numa operação de simples mútuo, e, como a primeira agravada não estava disposta a utilizar recursos financeiros seus para emprestá-los ao primeiro agravante, ela implementou o engenhoso cenário contratual acima descrito.

Dessa maneira, em verdade, o primeiro agravante não obteve o crédito que precisava com a primeira agravada, mas sim junto ao mercado de capitais, e foi para isso que se fez necessária a celebração dos inúmeros instrumentos contratuais acima referidos e a geração de generosos lucros às agravadas, os quais se consubstanciam na remuneração que elas percebem como intermediária da operação (securitizadora) e agente fiduciária, respectivamente.



E daí? Qual a conseqüência da vicissitude acima apontada?

A resposta a essa pergunta é dada pelo próprio autor do anteprojeto que resultou na Lei 9.514/1997, conforme trecho do parecer em anexo, cujos termos se pede vênha para aqui transcrever:

“A falta, de qualquer dos elementos essenciais inerentes ao contrato, acarreta, sem sombra de dúvidas, a nulidade do negócio jurídico celebrado, e, conseqüentemente, provoca a necessidade de ser restabelecido o estado anterior das partes.” (pág. 13 – vide doc. 3)

Explica-se. A vicissitude acima suscitada torna claro o fato do pacto de alienação fiduciária celebrado entre as partes da ação não ter sido revestido das formalidades prescritas em lei, e isso, em conformidade com previsão normativa presente no inciso IV, do art. 166, do Código Civil, dá azo à nulidade de tal pacto.

Saliente-se, no entanto, que a nulidade do pacto de alienação fiduciária, por si só, não se mostra apta a ensejar a invalidação das demais cláusulas do contrato de cessão de créditos na qual ele está inserto, tendo em vista a previsão contida na cláusula dezesseis de tal contrato (doc. 13), cujos termos pede-se vênha para aqui transcrever:

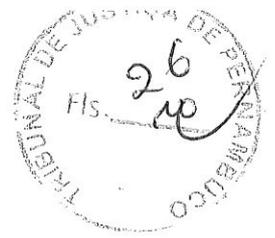
“Caso qualquer cláusula ou condição prevista neste instrumento seja invalidada ou considerada nula, as demais disposições aqui contidas permanecerão integralmente válidas.”

Insta salientar, no contexto de externar a viabilidade da subsistência do contrato de cessão de créditos em comento, mesmo sem o pacto de alienação fiduciária em garantia, que, além do patrimônio do cedente (com a invalidação da alienação fiduciária, a plena propriedade dos imóveis sobre os quais havia sido ilicitamente constituída tal garantia volta a fazer parte do patrimônio em questão), a cessionária ainda poderá contar com as garantias fidejussórias concedidas pelos outros autores, de modo a obter o cumprimento das obrigações inerentes ao pagamento dos créditos cedidos.

É a nulidade do pacto de alienação fiduciária em garantia, o segundo dos fundamentos da presente ação cautelar.

c) **Da nulidade do procedimento de consolidação de propriedade – falta da adequada intimação dos devedores:**

Os agravantes pedem vênha para iniciar o presente tópico com a transcrição de breve lição emitida pelo Prof^o MELHIM NAMEM CHALHUB, através do



Pois bem.

No caso dos autos, conforme se deduz através da análise da notificação em anexo (doc. 04), o Registro de Imóveis somente promoveu a intimação, para fins de purgação de mora, da primeira agravante (Hospital da Bahia), não tendo promovido a notificação nem da terceira autora (que figura como fiduciante no contrato de alienação fiduciária), nem de nenhum dos outros agravantes (que figuram como garantes da obrigação da primeira recorrente).

Ainda assim, a intimação da primeira agravante não foi feita na pessoa de seus representantes legais, ou mesmo de procurador devidamente constituído, mas sim na pessoa de um empregado que não possui poderes de preposição – no caso, o sr. **Rogério Santos Rique**.

Em assim sendo, restou infringida a regra prevista no §1º, do art. 26, da Lei 9.514/1997.

Tal infração mostra que o procedimento de execução extrajudicial da alienação fiduciária não está sendo realizado com observância às formalidades exigidas por lei, e isso – de acordo com o inciso IV, do art. 166, do Código Civil, dá ensejo à sua nulidade, com a conseqüente necessidade de ser reiniciado todo o procedimento.

Eis o terceiro fundamento da ação cautelar originária, e logo do presente agravo de instrumento.

d) Da nulidade do procedimento de consolidação de propriedade – da criação de obstáculo intransponível à purgação da mora:

Em março de 2009, quando da elaboração da notificação para purgação da mora remetida ao primeiro agravante pelo 1º Ofício de Registro de Imóveis de Recife, a primeira agravante havia deixado de pagar apenas 6 (seis) das prestações que estavam lhe sendo cobradas pelas agravadas.

Tal inadimplemento ocorreu em razão da compreensão que os agravantes tiveram, de que a cobrança realizada pelas agravadas estava sendo feita de maneira demasiadamente extorsiva. Essa vicissitude, inclusive, há muito já foi externada

Passarinho Junior, j. 17.11.2009, de cuja ementa se destaca: “Nula a citação feita em flagrante descumprimento aos arts. 234, 12, VI, e 215 do CPC, eis que em razão das naturais relações comerciais entre empresa concessionária de veículos e a fabricante, era da plena ciência da autora o local da sede (São Paulo) e quais os representantes legais da ré autorizados a receber a citação e intimação de liminar, que, indevidamente, foram efetuadas na pessoa de servidor de escritório regional, o qual deixou claro ao oficial e ao juiz deprecado que não possuía poderes para recebê-la.”



De acordo com o § 7º, do art. 26, da Lei 9.514/1997, um dos requisitos essenciais para a validade do procedimento registral de consolidação de propriedade consiste na comprovação do pagamento do laudêmio devido em razão da efetivação da transferência de propriedade do imóvel foreiro.

Veja-se, neste sentido, a clareza da norma jurídica acima mencionada, cujo texto os recorrentes pedem vênias para aqui transcrever:

“§7º Decorrido o prazo de que trata o §1º sem a purgação da mora, o oficial competente do Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.” (sublinhou-se)

Ora, no caso dos autos, conforme revelado na descrição do imóvel constante nas duas certidões de ônus reais em anexo (doc. 5), os bens alienados fiduciariamente são foreiros a Irmandade de Nossa Senhora da Boa Viagem, de modo que se mostra clara a necessidade de pagamento de laudêmio, por ocasião da implementação do procedimento de consolidação de propriedade, tal como estabelece a regra resultante da conjugação do §7º, do art. 26, da Lei 9.514/1997, com o art. 2038, do Código Civil vigente, e, com o art. 686, da Lei 3.071/1916.

Contudo, em conformidade com o que está indicado na “Av. 17” da certidão de ônus reais relativa ao hospital (designação do primeiro imóvel alienado fiduciariamente – doc. 05), assim como na “Av. 15” da certidão de ônus reais relativa à garagem (designação do segundo imóvel alienado fiduciariamente – doc. 05), não houve, por ocasião do procedimento de consolidação de propriedade, a comprovação do pagamento do laudêmio devido.

Essa realidade, inclusive, está cabalmente atestada na declaração da Cúria Metropolitana da Arquidiocese de Olinda e Recife, através da qual se infere que desde 2001 não foi feito o pagamento de nenhuma espécie de laudêmio, no que se refere aos imóveis em comento – vide doc. 18.

Ora, sendo a comprovação do pagamento de laudêmio uma solenidade expressamente exigida por lei (vide §7º, do art. 26, da Lei 9.514/1997), fácil se mostra concluir que a não observância dela, na ocasião em que foi realizado o procedimento de consolidação de propriedade, eiva tal ato cartorário de nulidade, tal como prevê o inciso V, art. 166, do Código Civil.

Eis o quinto fundamento da ação cautelar.

No entanto, para finalizar o presente item, mostra-se útil destacar que a realização, fora da cidade de Recife (na cidade do Rio de Janeiro), do leilão extrajudicial do "Hospital Alfa" (título genericamente atribuído aos dois imóveis alienados fiduciariamente – situado, como já acima dito, nesta cidade, no bairro de Boa Viagem, na Avenida Visconde de Jequitinhonha, nº 1681) constituiu uma estratégia das agravadas para que não aparecessem licitantes (como de fato não apareceram), e, conseqüentemente, para que o leilão extrajudicial se frustrasse, o que, em tese, permitiria a consolidação da propriedade de tais imóveis no patrimônio delas, de maneira perene.

Ou seja, como já acima dito, ao simular o cumprimento do dever de envidar esforços para a promoção da alienação extrajudicial do imóvel dado em garantia, as recorridas estão, na verdade, disfarçando sua pretensão de transformar a alienação fiduciária em garantia num ilícito pacto comissório, o que não poderá ser permitido pelo Poder Judiciário.⁸

Eis o sexto fundamento com que os recorrentes pretendem obter a concessão da medida cautelar perseguida neste agravo.

g) Da ilicitude contida na pretensão das recorridas em alienar ou adquirir para si, por preço vil, a propriedade dos imóveis alienados fiduciariamente em garantia:

Para uma adequada compreensão do presente tópico, os agravantes pedem vênias para inaugurá-lo com a transcrição de elucidativo trecho do já referido parecer emitido pelo Prof^o MELHIM NAMEM CHALHUB, que versa, justamente, sobre a impossibilidade jurídica da oferta, por preço vil, em leilão extrajudicial, de imóveis alienados fiduciariamente.

"3.1.1. Preço vil – No que tange ao preço previsto para oferta do imóvel em público leilão, as circunstâncias em que foi celebrada a operação e os valores fixados no contrato parecem indicar que haja fundado receio de que os imóveis venham a ser arrematados ou apropriados pelo credor fiduciário por preço vil, capaz de ensejar a nulidade do ato."

"É que, como já visto, os imóveis objeto da alienação fiduciária se encontravam em construção quando da contratação e da fixação do valor para efeito de leilão. Naquela ocasião não era possível fixar

⁸ De modo a demonstrar que a pretensão das rés não é admitida no sistema jurídico vigente, pede-se vênias para aqui transcrever breve ementa de decisão proferida pelo C. STJ, a qual muito bem representa a consolidada jurisprudência dos tribunais pátrios: **"PACTO COMISSÓRIO - SIMULAÇÃO - CÓDIGO CIVIL, ART. 765 - HAVENDO PACTO COMISSÓRIO, DISFARÇADO POR SIMULAÇÃO, NÃO SE PODE DEIXAR DE PROCLAMAR A NULIDADE, NÃO PELO VICIO DA SIMULAÇÃO, MAS EM VIRTUDE DE AQUELA AVENÇA NÃO SER TOLERADA PELO DIREITO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO."** (REsp. 21681/SP, 3ª Turma, MIIn. Eduardo Ribeiro)



h) **Da ilegalidade de se realizar a venda extrajudicial do bem objeto da alienação fiduciária, sem a prévia comunicação aos devedores acerca das condições da alienação:**

Os agravantes pedem vênia para inaugurar o presente item com a transcrição do parágrafo nono, da cláusula onze, do instrumento de cessão de créditos imobiliários firmado entre as partes da presente ação (doc. 13):

“A BVMC deverá ser notificada, nos seus representantes legais ou procuradores, da data da realização do leilão extrajudicial, sob pena de invalidade do leilão extrajudicial.”

Salvo melhor juízo, a cláusula supracitada é clara ao exprimir a regra contratual pactuada entre as partes da presente ação, segundo a qual, no caso de leilão extrajudicial, o primeiro agravante (cuja antiga denominação era Boa Viagem Medical Center Ltda. e que, no contrato de cessão foi identificado pelas abreviaturas BVMC) precisaria ser previamente notificado, na pessoa de seus representantes legais ou de procuradores, para tomar conhecimento do local e das datas designados para a realização das praças.

Apresentada a regra contratual estabelecida entre as partes, passa-se a externar a norma jurídica inerente ao tema, que jamais foi afastada nos contratos relativos a *res in iudicium deducta*. A norma em questão será aqui explanada através da colação, na presente exordial, de duas breves lições jurídicas sobre o tema, a primeira contida em ementa de acórdão emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça e a segunda contida em livro da autoria do prof^o Melhim Namem Chalhub:

“Alienação fiduciária. Venda judicial. Condição não prevista na lei. A venda extrajudicial do bem objeto da alienação fiduciária não está condicionada à prévia avaliação do mesmo por oficial de justiça, mas deverá o devedor ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses.” (REsp. 327.291-RS, DJ 08.10.2001, Rel. Min. Nancy Andrighi)

“A legitimação para promover a venda é do credor fiduciário, podendo fazê-lo diretamente ou por leiloeiro. Nada obriga o credor a promover a alienação do bem para promover sua venda. Pode vendê-lo pelo melhor preço. Não obstante, deve possibilitar ao devedor o conhecimento prévio da alienação, para que este possa fiscalizá-la.” (Melhim Namem Chalhub, “Negócio Fiduciário”, 4ª Edição, pág. 191, Ed. Renovar).

agravadas têm a obrigação de devolver ao primeiro agravante (R\$ 1.538.831,40). O D. Perito realizou uma operação de compensação, através da qual concluiu que o primeiro agravante se tornou credor das agravadas pelo valor de R\$ 158.115,00 (cento e cinquenta e oito mil e cento e quinze reais).

Ora, salvo melhor juízo, a conclusão do estudo contábil em questão é relevantíssima tendo em vista que ela torna claro que a deflagração do procedimento cartorário de consolidação de propriedade, focado na presente demanda, ofendeu a regra jurídica insculpida no art. 26, da Lei 9.514/1997, e, por isso, de acordo com o inciso II, do art. 166, do Código Civil, o mesmo se mostra nulo de pleno direito.

Veja-se, neste sentido, o fato do art. 26, da Lei 9.514/1997, estabelecer que o procedimento cartorário de consolidação de propriedade somente pode ser deflagrado nas hipóteses nas quais há o inadimplemento da dívida garantida por alienação fiduciária, e que, como já foi acima explicitado, com relação a *res in iudicium deducta*, no dia 28 de março de 2009, inexistia qualquer situação de inadimplência apta a justificar a deflagração do procedimento cartorário em questão.

Assim, considerando-se que, verdadeiramente, os procedimentos cartorários de consolidação de propriedade possuem a cobrança de dívidas por objeto⁹, há de se concluir pelo fato dos mesmos se mostrarem nulos de pleno direito, pela ilicitude de seu objeto (inciso II, do art. 166, do Código Civil), nas hipóteses em que são realizados sem que exista uma efetiva inadimplência, uma vez que se mostra ilícita a cobrança de dívidas não inadimplidas.

Eis o nono fundamento da ação cautelar e deste recurso.

j) Da necessidade de se promover a modificação da cláusula contratual relativa à fixação do valor das unidades imobiliárias alienadas fiduciariamente, para fins de realização de leilão extrajudicial:

Inicia-se o presente tópico com a transcrição de duas importantes lições doutrinárias, que serão de grande utilidade para a compreensão do tema a ser desenvolvido neste item:

“A consequência mais imediata dessa moldura resulta na juspublicização dos negócios de consumo e na relativização do império da vontade privada no âmbito dos interesses de conteúdo econômico, âmbito em que os interesses privados só se constituem

⁹ Quanto a isso, não se pode perder de vista que – de acordo com o Ordenamento Jurídico vigente – o procedimento cartorário em questão não é um meio de transferência de propriedade (eis que a alienação fiduciária não é feita com ânimo de ensejar a transmissão do bem dado em garantia), mas sim um meio de cobrança da dívida garantida pela alienação fiduciária. O objetivo da lei não é fazer com que o devedor seja despojado do patrimônio dado em garantia, mas sim que ele pague o que deve ao credor.

“3.1. Definição de critérios de revisão do valor do imóvel alienado – A estipulação, no contrato, de “critérios para revisão” do valor pelo qual o imóvel será ofertado em leilão constitui fator essencial para equilíbrio da relação contratual.”

“Na formulação dos contratos sob análise, não foi observado o comando legal de estipulação de “critérios para revisão” do valor pelo qual os imóveis seriam levados a leilão, mas, diferentemente, foi estipulada a simples atualização do valor originalmente estabelecido nos contratos, em 2002 e 2004.”

“A lei não contempla atualização do valor do imóvel, mas revisão, e esse é um dos elementos essenciais do contrato.”

“Revisão de valor, como se sabe, não se confunde com a atualização monetária.”

“Atualização é cálculo aritmético de recomposição da expressão monetária de determinada obrigação, em função da variação do poder de compra da moeda ocorrida entre a data da fixação do valor e a data do evento correspondente (cumprimento da obrigação, entrega de determinado bem etc).”

“Já revisão é processo de aferição do preço de mercado de determinado bem, e se justifica na alienação fiduciária de imóvel tendo em vista que, no prolongado prazo dos contratos, podem ocorrer variações no mercado que levem a grande valorização ou desvalorização do imóvel; a operação não se confunde com o cálculo de atualização monetária; na revisão são articulados diferentes fatores de aferição de valor, a partir da dinâmica do mercado, que é imponderável, podendo, adicionalmente, comportar também, mas não exclusivamente, elementos de atualização dos valores originais; já na atualização, diferentemente, se faz tão só e exclusivamente mediante simples operação aritmética de aplicação de determinado índice monetário sobre um valor que constitui a base de cálculo.”

“O que se busca com a revisão é a garantia de equilíbrio da relação obrigacional, e ao exigi-la como elemento essencial do contrato, ao invés da simples atualização monetária, o legislador teve em vista basicamente dois aspectos: primeiro, os prolongados prazos das operações de crédito com garantia real sobre imóveis, que se estendem até trinta anos no caso das hipotecas (Código Civil, art. 1.485), e, segundo, a eventualidade de concessão de crédito destinado a construção, hipótese em que se reclama revisão no mais amplo sentido, e não somente atualização, pois as acessões que futuramente aderirão ao imóvel certamente agregarão considerável valor; no caso de revisão de valor numa operação de alienação fiduciária de lote de terreno, por exemplo, é certo que o valor das

Ante tudo o que foi aduzido na presente petição e na exordial da ação originária, os agravantes esperam obter as seguintes providências jurisdicionais:

- a) Seja o presente recurso conhecido pela via instrumental, reconhecendo-se a prevenção da E. 5ª Câmara Cível e do douto Des. Josué Antônio da Fonseca de Sena, por força da pré-existência do agravo de instrumento n.º 0019231-53.2009.8.17.0000.
- b) O deferimento liminar, independentemente da oitiva da parte contrária, de tutela antecipada recursal inerente à sustação dos efeitos decorrentes dos procedimentos de consolidação de propriedade realizados junto ao Primeiro Registro de Imóveis de Recife, referentes aos imóveis Garagem e Hospital, situados no bairro de Boa Viagem, na Av. Visconde de Jequitinhonha, nº 1.144, matriculados sob os números 82.596 e 82.597, o que deverá se concretizar mediante a averbação – por parte do Primeiro Ofício do Registro de Imóveis de Recife – da ordem judicial em comento nas matrículas dos imóveis mencionados.
- c) Sejam as agravadas intimadas para apresentar contra-razões.
- d) Ao final, seja confirmada a tutela antecipada recursal, reformando-se integralmente a decisão recorrida, de modo a se conceder integralmente a medida cautelar requerida na petição inicial da ação originária e na presente petição.

Por fim, reitera o pedido para que todas as publicações efetuadas em nome do advogado Roberto Algranti, inscrito na OAB-RJ sob o n.º 15.590.

P. deferimento.

Recife, 27 de agosto de 2010

João Baptista de Paiva Ramalho
OAB/RJ 488

Roberto Algranti
OAB/RJ 15.590

Roberto Algranti Filho
OAB-RJ 97.653

Luiz Gustavo N. F. Mourão
OAB/RJ 109.811

Leonardo Ramalho Luz
OAB/PE 19.251



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. Josué Antônio Fonseca de Sena

5º CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0222995-2

AGRAVANTE: HOSPITAL ALFA LTDA E OUTROS

AGRAVADO: RB CAPITAL SEGURITIZADORA RESIDENCIAL S/A E OUTRO

RELATOR: DES. JOSUÉ ANTÔNIO FONSECA DE SENA

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para, querendo, responder o presente recurso, no prazo de 10 (dez) dias (artigo 527, V do CPC).

Publique-se.

Recife, 16 de setembro de 2010.

Des. Josué Antônio Fonseca de Sena


Relator



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DIRETORIA CÍVEL

CARTA DE INTIMAÇÃO
N.º 52/2010 – 5ªC.C.

RELATOR: JOSUÉ ANTÔNIO FONSECA DE SENA

AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 222995-2

PARTES

AGRAVANTE : HOSPITAL ALPHA LTDA E OUTROS
AGRAVADO: PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS LTDA

Pela presente carta de intimação, por ordem do Excelentíssimo Relator, fica a agravada PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA intimada, para, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar resposta aos termos do presente recurso.

NOME E ENDEREÇO

PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA
R. Sete de Setembro, n.º 99, 16º andar – Centro.
CEP.: 20050-005 RIO DE JANEIRO - RJ

Peças Anexas: cópias do despacho e da petição inicial | PRAZO : 10 (dez) dias

Cumpra-se. Recife, 05 de outubro de 2010.


Lúcia Helena Araruna de Aquino
Diretora
Por ordem do Exmo. Sr. Relator