BVMC

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Vigésima Terceira Vara Cível da Capital

Forum Desembargador Rodolfo Aureliano - AV Desembargador Guerra Barreto, s/nº - Joana Bezerra Recife/PE CEP: 50080900

CARTA DE CITAÇÃO/INTIMAÇÃO

Processo nº: 0023901-97.2010.8.17.0001
Classe: Outras medidas provisionais
Expediente nº: 2010.0166.001955

Partes:
Autor : HOSPITAL ALFA LTDA E OUTROS
Advogado: Roberto Algranti
Réu : PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA

O Doutor Karina Pinheiro D'Almeida Lins, Juiz de Direito, da Vigésima Terceira Vara Cível da Capital, determina a CITAÇÃO/INTIMAÇÃO da parte ré, acima mencionada para RESPONDER AOS TERMOS DA PRESENTE AÇÃO e, querendo, apresentar resposta, no prazo de cinco (5) dias, sob pena de confissão e revelia, conforme cópia da petição inicial que segue anexa. Na mesma ocasião, intime-se das decisões de fls. 441/442 e 456, cujas cópias, também segue a presente.

Observação: O prazo para apresentar a contestação começa a fluir a partir da data da juntada do Aviso de Recebimento (AR) aos autos.

Advertência: Não sendo contestada a ação no prazo marcado, presumir-se-ão aceitos como verdadeiros os fatos articulados pelo autor na petição inicial.

Destinatário(s):
PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA
R SETE DE SETEMBRO,99, 16º ANDAR
Rio de Janeiro- RJ

Eu, Juliana Moreira Barbosa, digitei e submeti à conferência e subscrição da Chefia de Secretaria.

Recife (PE), 30/08/2010

Marcel da Silva Lima
Chefe de Secretaria

CÓPIA

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
JUÍZO DE DIREITO DA 23VARA CÍVEL POR DISTRIBUIÇÃO DA CAPITAL - RECIFE - PE

Processo nº 0023901-97.2010.8.17.000
Por dependência ao Processo no 001.2009.122081-6

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Trata-se de medida cautelar preparatória, dependente de processo principal, a ser instaurado na forma do artigo 806 do CPC, sob pena de perda de eficácia da medida cautelar, que objetiva a **sustação dos efeitos decorrentes dos procedimentos de consolidação de propriedade realizados junto ao Primeiro Registro de Imóveis de Recife**. A presente Ação cautelar foi distribuída por dependência à Ação de conhecimento sob o rito ordinário, em trâmite neste Juízo. Discutem na ordinária, a revisão dos contratos que regem a relação jurídica existente entre as partes.

Pretendem os demandantes, sustar os efeitos do procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade promovido pelas demandadas RB Capital Securitizadora Residencial S/A e PAVARINI Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários Ltda., envolvendo imóveis pertencentes à terceira autora, ou seja, NOVA BOLONHA PARTICIPAÇÕES LTDA. A tese principal defendida na presente ação cautelar é de que vícios ocorreram , durante a fase de consolidação da propriedade, registro e leilão extrajudicial, na AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE TERMO DE SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS c/c REPETIÇÃO DE INDÉBITO e INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.

A pretensão é obter na Ação Declaratória principal, o reconhecimento da nulidade no pacto de constituição da alienação fiduciária.

Como a matéria é bastante peculiar, é importante tecer algumas considerações sobre a legislação vigente e as vertentes do instituto da Alienação Fiduciária sobre imóveis. Vejamos:

No caso em tela, o Juízo de 1° Grau chegou a decidir pela suspensão do referido leilão extrajudicial. Porém, o Tribunal de Justiça, acatou o Agravo de Instrumento promovido pela parte ré e sustou a decisão de primeira instância, ou seja, autorizou a realização do leilão extrajudicial e demais atos decorrentes do mesmo.

O Ministro Moreira Alves, em seminário sobre o tema, autor de clássica obra sobre Alienação Fiduciária de bens móveis, enfatizou ser absolutamente necessário fazer a distinção entre o contrato de alienação fiduciária e a propriedade fiduciária, que configura uma garantia real nova e típica do Direito brasileiro. **O contrato de alienação fiduciária é classificado como um contrato que não gera obrigações para os contratantes, mas sim, configura um título para a instituição de um direito real que se constituirá pelo registro**. É um contrato que pertence ao âmbito do direito das coisas. Pode-se afirmar, portanto, que o contrato de alienação fiduciária constitui a propriedade fiduciária, esta sim, um direito real de garantia.

A propriedade fiduciária, que não era prevista no Código Civil de 1916 e que agora vem disciplinada no artigo 1.361 e seguintes, do Código de Reale (restrita à coisa móvel), pode ser definida como uma propriedade limitada porque tem a marca da resolubilidade em face do escopo de garantia.

É importante destacar que, enquanto não houver o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro Imobiliário, não haverá o direito real. Com o registro é que se constituirá a propriedade fiduciária como direito real de garantia. O artigo 22 da Lei n° 9.514/97 conceitua a **alienação fiduciária como o negócio jurídico, pelo qual o devedor ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.**

Preceitua o artigo 26 da mesma Lei que, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

CÓPIA

Para a constituição em mora, exige-se intimação pessoal do fiduciante (ou de seu representante legal), podendo ser promovida pelo Oficial do Registro de Imóveis ou Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca em que se situe o imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. Pode ainda ser a intimação feita pelo correio, com aviso de recebimento. Os autores alegam nulidade na intimação de um dos sócios e a falta de intimação do último devedor fiduciante.

Decorrido "in albis" o prazo da emenda da mora, o oficial do Registro de Imóveis competente, certificará o fato e 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 (enfiteuse). O fiduciário, com o registro da consolidação da propriedade, adquire a propriedade do imóvel, mas, continua a sofrer restrições, exatamente porque ela tem escopo de garantia. (grifos nossos)

Alegam os demandantes que a parte demandada, com a propriedade registrada em seu nome (em decorrência do leilão extrajudicial e do registro dos bens) ameaçam os mesmos de cobrança de alugueis e possível ação de despejo.

Pois bem, na hipótese da Lei, ocorrendo a consolidação da propriedade no credor fiduciário e estando o imóvel alugado, permite o parágrafo 7° do artigo 27, que seja feita a denúncia da locação, com o prazo de 30 dias para o locatário desocupar o imóvel. A denúncia deve ser realizada no prazo de 90 dias contado da consolidação da propriedade e pode ser feita por carta com aviso de recebimento, ou pelo Cartório de Títulos e Documentos, ou ainda, por via judicial. Todavia, no caso ora em análise, não houve sequer contrato de locação, visto que os fiduciantes ainda questionam em Juízo a legalidade dos atos praticados previamente.

Quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na alienação fiduciária, em seu Art. 53 lê-se: ***"Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem***

como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Conforme já dito anteriormente, a presente Ação Cautelar visa a suspensão de efeitos de atos praticados no bojo da Ação Ordinária – Processo no 0122081-85.2009 – que resultaram na ocorrência do leilão extrajudicial e posterior consolidação da propriedade.

Adentrando neste contexto, caso passasse a analisar a ocorrência de alegados vícios de forma, ou se o procedimento de leilão extrajudicial teria ocorrido da maneira legalmente prevista, este Juízo correria o risco de provocar um tumulto desnecessário ao deslinde futuro da questão, antecipando inclusive o mérito daquela Ação Ordinária, ora pendente e apensa a presente cautelar.

Diante do exposto, reservo-me a apreciar o pedido liminar após a contestação.

Intime-se, independentemente de Ofício.

Cite-se o demandado para que no prazo de 05 (cinco) dias ofereça resposta, nos termos do art. 802 do CPC.

Ressalte-se a necessidade de propor a ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da efetivação medida, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar, nos termos do art. 806 e 808, I do CPC.

Recife, 4 de agosto de 2010.

CÓPIA

Karina Pinheiro D'Almeida Lins
Juíza de Direito

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
JUÍZO DE DIREITO DA 23VARA CÍVEL POR DISTRIBUIÇÃO DA CAPITAL - RECIFE - PE

Processo nº: 0023901-97.2010.8.17.0001

Embargante: HOSPITAL ALFA LTDA e outros

Embargada: RB CAPITAL SECURITIZADORA RESIDENCIAL S/A E PAVARINI DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

CÓPIA

DECISÃO

Vistos, etc...

Trata-se de Embargos de Declaração propostos por **HOSPITAL ALFA LTDA, FATOR IMÓVEIS LTDA, NOVA BOLONHA PARTICIPAÇÕES LTDA, VASCO RODRIGUES NETO E FERNANDO ANTÔNIO TORRES RODRIGUES JÚNIOR e BANCO NACIONAL**, aduzindo haver omissão no *decisum* de fls. 441/442. Alega o embargante que há omissão, pelas seguintes razões: a) não houve indicação do destinatário da ordem de intimação, nem o que deveria ser feito; b) não indicou a medida, cuja efetivação caracterizará o termo inicial para a propositura da ação principal. Aduz, ainda, que existe contradição, porquanto a decisão rechaçada concede o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da efetivação da medida, para a propositura da ação principal, sob pena de perda da eficácia da medida, mas informa que se reserva a apreciar o pedido liminar após a contestação. Ao final, requerem a modificação no julgado para ser deferida a liminar perseguida.

Desnecessário abrir vistas ao demandado face ao requerimento, ante a ausência dos efeitos infringentes.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, passo a tecer algumas considerações.

A ordem de intimação só pode ser, nesse caso, para o autor, já que a parte demandada ainda não foi chamada a integrar a presente lide. Tal ato tem por objetivo deixar o autor ciente do que foi decidido. Isso porque a Publicidade é dos Princípios norteadores de toda administração pública e condição de validade dos atos, inclusive os judiciais. A decisão está bastante clara neste ponto.

Quanto a fixação do prazo de 30 (trinta) dias para a propositura da ação principal, reconheço o equívoco, porquanto não houve o deferimento de qualquer medida a ser efetivada, conforme determina o art. 806 do CPC. Assim, frise-se: não houve concessão da liminar pretendida, já que a sua apreciação ficou reservada para depois da contestação.

Quanto às demais alegações trazidas pelo embargante, estas não merecem prosperar. É que tais controvérsias já foram discutidas na sentença, ora rechaçada. Pretende a embargante a reapreciação da prova que norteou o livre convencimento do Juízo, o que não é amparado pela via dos Embargos Declaratórios.

Assim, reconhecida a contradição, impõe-se, necessariamente, o *acolhimento e provimento parcial dos presentes embargos declaratórios*, para que seja desconsiderada, no julgado, a obrigação de interpor a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, já que não há qualquer medida a ser efetivada, fazendo-se este julgado parte integrante da decisão de fls. 441/442-verso. Nos demais pontos não houve omissão ou contradição, tendo sido devidamente concluída a prestação jurisdicional.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Recife, 18 de agosto de 2010.

Karina Pinheiro D'Almeida Lins

Juíza de Direito

CONTRA-FÉ (1)

ROBERTO ALGRANTI
Advogados Associados

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

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 23ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE RECIFE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO.

URGENTE

Distribuição por dependência ao processo n.° 001.2009.122081-6

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.° 1144, inscrita no CNPJ sob o n.° 03.337.575/0001-92; **FATOR IMÓVEIS LTDA.**, sociedade estabelecida na capital do estado do Rio de Janeiro, no bairro do Centro, na rua Anfilófio de Carvalho, nº 29, salas 808/809, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 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 Anfilófio de Carvalho, nº 29, sala 810-parte, inscrita no CNPJ sob o nº 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 Anfilófio de Carvalho, nº 29, salas 808/809, inscrito no CPF/MF sob o nº 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 Anfilófio de Carvalho, nº 29, salas 808/809, inscrito no CPF/MF sob o nº 878.133.517-29, vêm à presença de V. Exa., através de seus advogados infra-assinados, propor a presente **AÇÃO CAUTELAR DE NATUREZA PREPARATÓRIA, com pedido de liminar,** em face de **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, nº 222, bloco "B", 3º andar, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 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.° 99, 16º andar, inscrita no CNPJ sob o n.° 15.227.994/0001-50.

1- DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA:

No bojo de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, com pedido constitutivo modificativo, autuada sob o nº 001.2009.122081-6 e em curso perante o MM. Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de Recife, está sendo discutida a mesma relação jurídica sobre a qual versa a presente ação cautelar – vide doc. 1.

Na ação acima referida, a pretensão dos autores é ensejar a revisão dos contratos que regem a relação jurídica existente entre eles e os réus, assim como das planilhas de débito produzidas unilateralmente pelos credores, de modo a extirpar todas as cláusulas abusivas e valores indevidamente cobrados.

Já, na presente ação, o principal objetivo dos autores é obter a sustação dos efeitos do procedimento extrajudicial de consolidação de propriedade promovido pelas rés, envolvendo imóveis pertencentes à terceira autora, ao passo que o objetivo subsidiário é a sustação dos efeitos de leilão extrajudicial relativo a tais imóveis.

Como, os procedimentos de consolidação de propriedade e de leilão extrajudicial foram realizados no contexto da cobrança de suposta dívida, decorrente dos contratos enfocados na ação autuada sob o nº 001.2009.122081-6.

Assim, diante da regra prevista no art. 103, do Código de Processo Civil, e da identidade da relação jurídica sobre a qual versam ambas as ações acima referidas, fica caracterizada a existência de uma conexão, que, por sua vez, justifica a distribuição da presente ação cautelar por dependência à ação de conhecimento identificada no primeiro parágrafo deste primeiro tópico.

2- DA AÇÃO PRINCIPAL A SER PROPOSTA:

A presente ação cautelar possui natureza preparatória, ela 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.

O objetivo da ação de conhecimento acima referida será propiciar o reconhecimento da nulidade contida no pacto de constituição da alienação fiduciária, no negócio jurídico de securitização de créditos, bem como em todo o procedimento extrajudicial relativo à execução dessa mesma alienação fiduciária.

Subsidiariamente, tal ação também perseguirá a revisão da cláusula do pacto de alienação fiduciária, que prevê a possibilidade dos imóveis alienados fiduciariamente serem alienados por preço vil.

3- DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS PARA INTERVIR NO PRESENTE PROCESSO:

Um dos temas enfocados na presente ação diz respeito à nulidade de contrato de securitização de créditos imobiliários, o qual foi firmado entre as rés, com a anuência dos autores, e que gerou o lançamento público de certificados de recebíveis imobiliários no mercado de capitais, para o que contou, obviamente, com a prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários.

Daí que, em consonância com o art. 31, da Lei 6.385/1976[1], faz-se necessário que a Comissão de Valores Mobiliários seja intimada para tomar conhecimento dos argumentos apresentados pelas partes, e, querendo: instaurar os concernentes procedimentos administrativos de apuração de responsabilidades, oferecer parecer nos autos do processo ou mesmo se limitar a prestar esclarecimentos acerca do caso concreto em comento.

4- DOS PARECERES EMITIDOS PELO PROFESSOR MELHIM NAMEM CHALHUB (Autor do anteprojeto sobre garantias fiduciárias convertido na Lei 9.514, de 1997):

De modo a tornar ainda mais nítida a pertinência dos fundamentos com que os autores pretendem obter tanto a concessão da medida cautelar perseguida na presente ação, como também os provimentos jurisdicionais que serão postulados na ação de conhecimento referida no segundo tópico desta exordial, solicitou-se ao Professor **MELHIM NAMEM CHALHUB** – autor do anteprojeto sobre garantias fiduciárias convertido na Lei 9.514, de 1997 – a confecção de dois pareceres jurídicos, os quais se encontram anexado à presente petição (docs. 02 e 03).

Tais pareceres abordam os principais aspectos da relação jurídica trazida a julgamento, de modo que eles atestam cabalmente a existência de diversas vicissitudes aptas a gerar a declaração da nulidade, tanto do pacto de alienação fiduciária, como de todo o procedimento de execução extrajudicial deflagrado pelas rés, inclusive dos leilões realizados.

---

[1] "Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação."

A leitura dos referidos estudos técnicos, portanto, se mostra de grande utilidade ao julgamento da presente ação, de modo que os autores postulam para que esse MM. Juízo considere tudo o que lá está escrito, como se escrito estivesse na presente petição exordial.

5- DO PEDIDO DE CONCESSÃO LIMINAR, E SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA, DA MEDIDA CAUTELAR PERSEGUIDA NA PRESENTE AÇÃO:

Amparados no art. 797, do Código de Processo Civil, os autores pretendem obter a concessão liminar da medida cautelar perseguida na presente ação, independentemente da oitiva dos réus, 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 autores 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 demandadas, o qual ataca R. decisão interlocutória proferida por esse MM. Juízo, nos autos da ação conexa mencionada no primeiro tópico desta petição inicial – 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 demandada está tentando tomar posse dos imóveis envolvidos na alienação fiduciária, e, nesse contexto, já fez uma notificação extrajudicial ao locatário deles (o primeira demandante), 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.

4- Ora, contemplando-se que o inquilino em questão (no caso, o primeiro demandante) exerce atividade hospitalar, fácil é compreender o quanto a

ameaça de despejo está prejudicando suas atividades, eis que tanto os pacientes usuários do hospital, como todos os parceiros comerciais dele (médicos, operadores de plano de saúde, locadores de equipamentos, prestadores de serviços, etc), estão muito renitentes em continuar mantendo relações com uma pessoa jurídica em vias de ser desalojada. Eis um prejuízo de difícil reparação, o qual já se encontra ocorrendo e somente se interromperá com a intervenção do Poder Judiciário ora postulada.

5- Mas o *periculum in mora* não cessa por aí. Acaso cumprida a ameaça de despejo feita pela segunda demandada, o primeiro demandante perderá seu fundo de comércio, e, por mais que seu desalijo do imóvel venha a ser revertido, o prejuízo material e imaterial por ele sofrido será irreversível.

6- Não se pode perder de vista, também, o risco das demandadas – que estão se arvorando como proprietárias dos imóveis pertencentes ao primeiro demandante – promoverem a alienação do mesmo para terceiros de boa-fé, também gerando prejuízos impagáveis.

Ora, a única maneira de fazer cessar a ocorrência do prejuízo de difícil reparação acima indicado, e, além disso, de evitar a ocorrência de qualquer dos prejuízos irreparáveis também acima sintetizados, faz-se necessário que esse MM. Juízo conceda liminarmente e sem a oitiva das demandadas, a medida cautelar pretendida pelos demandantes, a qual se consubstancia na sustação dos efeitos decorrentes do procedimento de consolidação de propriedade realizado 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.

Esclarece-se. Com a sustação dos efeitos do procedimento cartorário de consolidação de propriedade, todos os atos derivados desse procedimento também estarão com seus efeitos sustados, inclusive o espúrio leilão realizado.

Dessa maneira, as demandadas não poderão continuar a se arvorar como proprietárias dos imóveis, e, conseqüentemente, não se atreverão a perseguir o despejo da primeira demandante, nem tampouco a promover a alienação de tais imóveis.

Obviamente, para que essa sustação de efeitos tenha valor perante terceiros, a mesma deverá ser informada ao 1º Ofício do Registro de Imóveis de Recife, através de ordem judicial determinando a averbação da sustação de efeitos nas matrículas dos dois imóveis alienados fiduciariamente (matrículas nº 82.596 e 82.597).

6- 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 autores pedem vênia 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 (autores) e a primeira ré:

> ***"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 autores pedem vênia 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. Benjamim."*** (Renan Miguel Saad – "A Alienação Fiduciária Sobre Bens Imóveis" – Ed. Renovar – 2001 – págs. 258 e 259)

"A financeira presta um serviço ao consumidor, ao conceder-lhe um crédito que permitirá a aquisição de um bem durável; sua caracterização como fornecedor não oferece, portanto, maior dificuldade. A caracterização do consumidor como destinatário final do serviço também é pacífica. O contratante pode, porém, não ser o destinatário final econômico do crédito, dependendo este fato da destinação a ser dada ao bem durável adquirido no contrato de compra e venda com alienação fiduciária. A alienação fiduciária seria assim um pacto acessório ao da compra e venda para a caracterização como contrato de consumo. Note-se que a lei específica sobre a alienação fiduciária possui uma definição mais ampla de que seja o consumidor, isto é, daquele que pode se beneficiar do chamado crédito direto ao consumidor, sendo provável que a jurisprudência, tendo em vista o caráter de adesão do contrato e o que dispõem os arts. 7º e 52 do CDC, amplie a definição de consumidor para considerar todos os contratos de compra e venda com alienação fiduciária como contrato de consumo por natureza, logo submetidos ao CDC." (Cláudia Lima Marques – "Contratos no Código de Defesa do Consumidor" – Ed. Revista dos Tribunais – 1999 – pág. 216)

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CDC. REVISÃO DE CONTRATO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE COM QUAISQUER OUTROS ENCARGOS REMUNERATÓRIOS OU MORATÓRIOS. MANUTENÇÃO DO BEM NA POSSE DO DEVEDOR. DEPÓSITO PARCIAL. VALORES INCONTROVERSOS. CABIMENTO. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA, ART. 557, § 2º, DO CPC." (trecho de ementa de V. decisão unânime da Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, proferida no julgamento do Agravo Regimental interposto no REsp nº 1.025.842/RS, o qual ocorreu no dia 15 de maio de 2008, sob a relatoria do Exmo. Ministro Aldir Passarinho Júnior)

Enfim.

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 autor 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 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 autores pedem vênia para realizar uma breve explanação sobre os dois pontos de vista citados, enfocando a *res in iudicium deducta*.

- Da qualidade de consumidor dos autores no contrato *sub judice*, 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 profº 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 ré ao primeiro autor 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 autor, 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).

A construção de um imóvel, para servir de base à prestação de seus serviços, não consiste num insumo, dado ao fato de não ser estritamente essencial ao exercício da atividade fim do primeiro autor, que pode ser tranquilamente exercida num imóvel alugado, por exemplo.

Ora, segundo a concepção objetiva/maximalista do Direito do Consumidor, amparada no art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é

aquele que destrói o valor resultante da troca dos bens ou da prestação de serviços ao utilizá-lo diretamente, de modo que, tanto pelo ponto de vista econômico, como pelo ponto de vista material, os bens e serviços adquiridos deixam de circular.

Portanto, tendo o primeiro autor destruído o produto do serviço de crédito prestado pela primeira ré, ao utilizá-lo na construção do prédio no qual desenvolve sua atividade, torna-se nítida sua condição de consumidor.

De modo a atestar cabalmente a pertinência do que foi acima exposto, os autores trazem à colação breve lição doutrinária sobre o tema, da lavra do profº Fábio Ulhoa Coelho, em seu "Curso de Direito Comercial" (2002; vol. 3; pg. 168; Ed. Saraiva) que se encaixa como luva ao caso jurídico em julgamento:

> *"...a* **objetiva,** *em que o conceito enfatiza a posição de elo final da cadeia de distribuição de riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente econômico que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utilizá-los diretamente, sem intuito especulativa."*

- Da qualidade de consumidor dos agravados no contrato *sub judice*, sob a concepção subjetiva/finalista:

Como é cediço, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado com a finalidade de proteger as parte vulneráveis de uma relação jurídica, sendo esse um princípio que orienta todo o sistema da Lei 8.078/1990, conforme expressamente asseverado pelo inciso I, de seu art. 4º.

Assim, a interpretação sistemática e teleológica do art. 2º resulta, inevitavelmente, na compreensão de que toda parte vulnerável de uma relação jurídica (mesmo sendo ela um empresário) deve ser considerada como consumidor, para fins de permitir a aplicação, em favor dela, dos benefícios inerentes à legislação consumerista.

Essa concepção, cuja idealização é de autoria da profª Cláudia Lima Marques[2], é adotada de maneira majoritária pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode inferir pelos trechos e ementas de acórdãos abaixo transcritos:

---

[2] "***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).

"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 ré 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 autor (assim como seus garantes – os demais autores) 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 autor (assim como os demais autores) deve ser considerado como consumidor, e, conseqüentemente, as regras concernentes ao Código de Defesa do Consumidor deverão ser aplicadas à solução da presente demanda.

- Conclusão do tópico.

Conforme acima demonstrado, dúvidas não podem subsistir quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao julgamento da presente ação.

Assim, dentre outras conseqüências que serão oportunamente destacadas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor deverá trazer as seguintes implicações:

a) Fixar a competência do foro da Comarca de Recife para o julgamento da presente ação, pois o primeiro autor é estabelecido na cidade de Recife, da mesma forma que os dois imóveis sobre os quais foi constituída a alienação fiduciária em garantia estão situados nessa mesma cidade.

b) Propiciar a facilitação da defesa dos direitos dos autores, inclusive com a inversão do ônus da prova em favor deles, dada à verossimilhança dos fundamentos da presente ação, como também em razão da hipossuficiência técnica dos autores[3].

c) Ensejar a limitação dos valores das multas moratórias contratuais ao montante equivalente a 2% (dois por cento) do valor da prestação – no caso em julgamento, as rés aplicaram multas moratórias equivalentes a 15% (quinze por cento) do valor das supostas prestações em atraso devidas pelos autores.

d) Impedir que os autores venham a perder, para as rés, a integralidade das prestações por eles pagas, no caso de ser atribuído valor jurídico ao espúrio leilão extrajudicial envolvendo os imóveis sobre os quais foi constituída a alienação fiduciária em garantia.

e) Possibilitar a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

f) Caracterizar a existência de obstáculo intransponível à cobrança antecipada de prestações vincendas, nas hipóteses em que não é observada a necessária dedução dos juros nelas embutidos e que se relacionam a unidades de tempo não utilizadas pelos devedores.

7- DA NULIDADE EXISTENTE NO PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, NO NEGÓCIO JURÍDICO DE SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS, ASSIM COMO NO PROCEDIMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DE PROPRIEDADE E DE ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS IMÓVEIS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE:

Por motivos didáticos, com ânimo de propiciar uma adequada compreensão dos diversos fundamentos fáticos e jurídicos desta ação cautelar, o presente tópico será dividido em dez partes, cada uma delas absolutamente independente da outra.

[3] Mostra-se fácil enxergar a hipossuficiência em questão, ao se vislumbrar que os autores são empresários do ramo hospitalar, ao passo que as rés são empresárias especializadas na emissão, no lançamento e na administração de certificados de recebíveis imobiliários (o que é justamente a matéria sobre a qual versa a presente ação).

Esclarece-se, desde logo, no entanto, que os argumentos abaixo alinhavados estão apresentados de maneira muito resumida e objetiva, tendo em vista que a finalidade dos mesmos se limita a permitir que esse MM. Juízo enxergue a fumaça do bom direito dos autores, e, conseqüentemente, vislumbre a total possibilidade da empreitada jurisdicional deles ser legítima e procedente.

Obviamente, na ocasião do ajuizamento da ação referida no segundo tópico desta exordial (cuja efetividade a presente ação cautelar visa assegurar), os argumentos em questão serão exaustivamente explorados e a pertinência deles será cabalmente demonstrada, de modo a gerar o juízo de certeza que o julgamento de tal ação reclamará.

Enfim.

a) Da nulidade dos negócios jurídicos de cessão e de securitização de créditos:

Verdadeiramente, o negócio jurídico celebrado entre os autores e as rés consistiu num mútuo, através do qual o primeiro autor recebeu o valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) em troca da assunção do compromisso de pagar 120 (cento e vinte) prestações mensais e sucessivas que totalizam o valor de R$ 36.549.735,22 (trinta e seis milhões quinhentos e quarenta e nove mil setecentos e trinta e cinco reais e vinte e dois centavos) [4].

Contudo, formalmente, por indicação e orientação da primeira ré, a contratação do negócio jurídico em comento envolveu a celebração de quatro contratos distintos, os quais passam a ser aqui destrinchados:

- No dia 28 de julho de 2004, foi celebrada uma escritura de promessa de compra e venda, na qual o primeiro autor prometeu comprar junto à terceira autora, as duas unidades imobiliárias alienadas fiduciariamente, através do pagamento de 120 (cento e vinte) prestações mensais e sucessivas, que, somadas, totalizam o montante de R$ 36.549.735,22 (trinta e seis milhões quinhentos e quarenta e nove mil setecentos e trinta e cinco reais e vinte e dois centavos). Com relação a tal contrato, chama-se a atenção desse MM. Juízo para duas cláusulas, primeiro para a cláusula 5.1, que já prevê a possibilidade de cessão dos créditos oriundos da promessa de compra e venda para a primeira ré (ou seja, mostra-se notório que tal escritura foi feita por orientação dela); segundo para a cláusula 4.1, de acordo com a qual o preço em

[4] A previsão dos pagamentos em comento encontra-se tanto na escritura de promessa de compra e venda (cláusula terceira), como no contrato de locação (cláusula 4.1), ambos celebrados entre a primeira e a terceira autoras. Esclareça-se, ainda, que não se tratam de prestações de igual valor, eis que as 24 (vinte e quatro) primeiras possuem valor de R$ 192.276,00 (cento e noventa e dois mil e duzentos e setenta e seis reais), as 95 (noventa e cinco) subseqüentes possuem valor de R$ 296.786,00 (duzentos e noventa e seis mil e setecentos e oitenta e seis reais), ao passo que a última possui o valor de R$ 4.040.455,00 (quatro milhões e quarenta mil e quatrocentos e cinqüenta e cinco reais).

questão seria pago mediante dação em pagamento realizada com base na cessão de créditos locatícios relativos a contrato de locação convencionado simultaneamente à promessa de pagamento (esse é o próximo contrato que será enfocado) – vide doc. 11.

- Também no dia 28 de julho de 2004, foi celebrado contrato de locação no qual a terceira autora alugou, para o primeiro autor, as unidades imobiliárias alienadas fiduciariamente, por um prazo de 120 (cento e vinte) meses, tendo sido convencionados alugueres de valores variáveis (observa-se, rigorosamente, a mesma variação de valores das prestações da promessa de compra e venda), cuja soma alcança o montante de R$ 36.549.735,22 (trinta e seis milhões quinhentos e quarenta e nove mil setecentos e trinta e cinco reais e vinte e dois centavos). No tocante a tal contrato, chama-se a atenção desse MM. Juízo para duas cláusulas distintas, primeiro para as cláusulas 16.1 e 16.2 que prevêem a possibilidade de cessão dos direitos de crédito relativos aos alugueres; segundo para as cláusulas 13.2 e 13.3 que vedam ilicitamente a rescisão do contrato de locação, por parte da locatária, antes do término do prazo estipulado de 120 (cento e vinte meses) – vide doc. 12.

- No mesmo dia 28 de julho de 2004, foi celebrado entre os autores e a primeira ré um contrato de cessão de créditos imobiliários, com pacto adjeto de alienação fiduciária, no qual foi convencionado que o primeiro autor cederia para ela (primeira ré) os créditos relativos à locação acima mencionada, em troca do pagamento da quantia de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), tendo os demais autores figurado como garantes do pagamento dos créditos cedidos. Com relação a tal negócio jurídico, chama-se a atenção desse MM. Juízo para a cláusula dezessete, de acordo com a qual a cessão de créditos em comento estava sendo feita exclusivamente com a finalidade de propiciar a securitização dos mesmos, com a concernente emissão de certificados de recebíveis imobiliários a serem negociados no mercado de capitais, com a prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários – vide doc. 13.

- Ainda no dia 28 de julho de 2004, foi celebrado, entre as rés, um contrato de securitização de créditos, através do qual a primeira ré contratou a segunda ré para emitir e colocar a venda no mercado de capitais 66 (sessenta e seis) certificados de recebíveis imobiliários, sob forma escritural e regime fiduciário, com valor de face unitário equivalente a R$ 303.030,31 (trezentos e três mil e trinta reais 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, esse MM. Juízo deve estar se perguntando qual o motivo para a celebração de tantos instrumentos contratuais, numa situação em que bastaria a primeira ré contratar um mútuo junto ao primeiro autor, garantido por alienação fiduciária e pela fiança ou aval dos outros autores, 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 ré não estava disposta a utilizar recursos financeiros seus para emprestá-los ao primeiro autor, ela implementou o engenhoso cenário contratual acima descrito.

Dessa maneira, em verdade, o primeiro autor não obteve o crédito que precisava com a primeira ré, 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 rés, os quais se consubstanciam na remuneração que elas percebem como intermediária da operação (securitizadora) e agente fiduciária, respectivamente.

O primeiro autor, contudo, nada lucrou com tal prática, muito pelo contrário, ele foi muito prejudicado pelos altos custos que a operação em questão está lhe gerando, os quais são imensamente maiores, por exemplo, que os custos que ele teria para emitir e negociar debêntures com garantia real no mercado de capitais – o que seria a maneira mais ortodoxa de uma sociedade anônima captar recursos no mercado de capitais.

Concluindo.

Salvo melhor juízo, recebíveis imobiliários inexistentes (extintos pelo fenômeno jurídico da confusão subjetiva) não constituem objetos aptos a lastrear

certificados a serem negociados no mercado de capitais, nem tampouco aptos a serem cedidos.

Portanto, mostra-se tranqüilo afirmar que, em consonância com a regra jurídica insculpida pelo inciso II, do art. 166, do Código Civil, tanto o contrato de cessão de créditos, como o contrato de securitização de recebíveis, referidos nesta ação, se mostram nulos de pleno direito.

Conseqüentemente, sendo nulos os contratos de cessão de crédito e de securitização de recebíveis, nulos também se mostram todos os atos jurídicos realizados com base neles, inclusive todo o procedimento de execução extrajudicial relativo à alienação fiduciária enfocada na presente demanda.

Eis o primeiro fundamento com que os autores pretendem demonstrar a presença da fumaça de bom direito, necessária à obtenção da concessão da medida cautelar identificada no quinto tópico desta petição inicial.

b) Da nulidade do pacto de alienação fiduciária celebrado entre as partes da ação:

De acordo com o art. 24, da Lei 9.514/1997, o contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá, obrigatoriamente, informações precisas acerca do valor principal da dívida, do prazo e das condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário, da taxa de juros, dos encargos incidentes, como também dos critérios para a revisão do valor do imóvel (que deverão ser observados na hipótese de venda em público leilão).

Por mais surpreendente que isso pareça ser, a despeito da clareza da determinação legal acima destacada e do nível de expertise negocial das rés, o fato é que o pacto de alienação fiduciária, sobre o qual versa a presente ação, **não contém** nenhuma das informações mencionadas no parágrafo anterior. Veja-se, neste sentido, o instrumento de cessão de crédito, com pacto adjeto de alienação fiduciária, que se encontra em anexo (doc. 13).

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 vênia 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,***

consequentemente, 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 vênia 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 autores pedem vênia para iniciar o presente tópico com a transcrição de breve lição emitida pelo **Profº MELHIM NAMEM CHALHUB,** através do parecer anexado à presente peça, no qual o autor do anteprojeto que resultou na Lei 9.514/1997, explica a conseqüência – para o procedimento extrajudicial de execução de alienação fiduciária – da falta da notificação dos autores (as autoras pessoas jurídicas através de seus representantes legais), por parte do registro de imóveis, para fins de purgação da mora.

"3.2. Exigência legal de intimação na pessoa do representante legal das empresas devedoras – Informa o consulente que a carta de notificação foi entregue a pessoa diversa do "representante legal ou procurador regularmente constituído" das devedoras fiduciantes."

"E a lei exige, entretanto, que a intimação seja feita na pessoa do "representante legal ou procurador regularmente constituído," nos seguintes termos:"

"Art. 26. § 1º. Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do registro de imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação." (grifamos).

"No caso sob análise, as devedoras são pessoas jurídicas e sua intimação deve ser feita, necessariamente, na pessoa dos seus representantes legais ou de procurador regularmente constituído."

"Trata-se de norma cogente, de modo que a intimação feita a pessoa diversa do representante legal das empresas devedoras vicia o procedimento de cobrança e leilão, invalidando-o a partir da intimação viciada. [5]*"*

"A inobservância desse requisito legal importa em violação do princípio do devido processo legal, que, como se sabe, tem como um dos seus pressupostos a regularidade da citação ou da intimação, sendo uniforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "efetuada esta na pessoa do empregado, sem poderes para representar a empresa citanda (...), impõe-se decretar a procedência dos embargos à execução e a nulidade do processo de conhecimento."[6]" (doc. 03 –págs. 20 e 21)

Pois bem.

---

[5] STJ, 3ª Turma, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.057.486-SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.11.2008, de cuja ementa se destaca: " Não tendo a intimação do devedor acerca do leilão se efetivado no mesmo endereço em que havia sido encontrado anterior e pessoalmente para a a intimação quanto à purgação da mora, é nula a execução extrajudicial. É necessária a intimação pessoal do devedor no local n em que reside, para a alienação forçada do bem."

[6] STJ, 4ª Turma, RT 696/222, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; STJ, 4ª Turma, RMS 6.487-PB, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.9.1996. STJ, 4. Turma, REsp 556980-BA, rel. Min. Aldir 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."

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 autora (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 autores (que figuram como garantes da obrigação da primeira autora).

Ainda assim, a intimação da primeira autora 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 qualquer espécie de 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 presente ação cautelar.

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 autor pelo 1º Ofício de Registro de Imóveis de Recife, a primeira autora havia deixado de pagar apenas 6 (seis) das prestações que estavam lhe sendo cobradas pelas rés.

Tal inadimplemento ocorreu em razão da compreensão que os autores tiveram, de que a cobrança realizada pelas rés estava sendo feita de maneira demasiadamente extorsiva. Essa vicissitude, inclusive, há muito já foi externada no bojo da ação revisional autuada sob o nº 001.2009.122081-6, que está sendo processada e julgada por esse MM. Juízo – vide doc. 01.

Ocorre que, ao invés das rés exigirem, para fins de purgação de mora, apenas o pagamento das prestações inadimplidas, elas também exigiram o pagamento das parcelas vincendas, e, pior ainda, sem realizar o concernente desconto dos juros relativos às unidades de tempo não usufruídas pela primeira autora.

Repita-se. As rés condicionaram o legítimo exercício da purgação de mora por parte da primeira autora, não só ao pagamento das parcelas inadimplidas, mas também ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) prestações vincendas, das quais sequer houve o abatimento proporcional dos juros.

Ora, salvo melhor juízo, através da prática acima sintetizada, as rés criaram obstáculo intransponível para a purgação da mora por parte da primeira autora, o que significa dizer que foi descumprida a solenidade prevista no §1º, do art. 27, da Lei 9.514/1997, de modo que todo o procedimento extrajudicial de execução da alienação fiduciária em garantia se tornou nulo de pleno direito, tal como estabelece o inciso V, do art. 166, do Código Civil.

Insta salientar que a conclusão acima sintetizada encontra eco na opinião do Ilmo. **Profº MELHIM NAMEM CHALHUB**, conforme se pode vislumbrar através da lição abaixo transcrita, que foi extraída do já mencionado parecer emitido acerca da *res in iudicium deducta*:

> ***"Portanto, face à ilicitude do condicionamento da purgação da mora ao pagamento da totalidade do saldo devedor (prestações vencidas e vincendas), ocorrida nos dois casos concretos trazidos à nossa análise, estamos convictos da nulidade das intimações realizadas pelos registros imobiliários, e, por via de consequência, de todos os atos subseqüentes praticados no ensejo dos procedimentos extrajudiciais relativos à execução da garantia fiduciária."*** (doc. 03 – pág. 27)

Assim, a criação de obstáculo intransponível à purgação da mora, com a conseqüente nulidade de todo o procedimento de execução extrajudicial da alienação fiduciária, consistem no quarto fundamento da presente ação cautelar.

e) Da nulidade do procedimento de consolidação de propriedade – do não pagamento do laudêmio devido:

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 demandantes pedem vênia 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 presente ação cautelar.

f) Da impossibilidade jurídica de se realizar leilão extrajudicial, envolvendo bem objeto da alienação fiduciária, fora da cidade onde o mesmo encontra-se localizado:

Para permitir que esse MM. Juízo adquira uma adequada compreensão acerca da ilegalidade contida na atitude das rés, que promoveram o leilão extrajudicial dos imóveis alienados fiduciariamente na capital do estado do Rio de Janeiro (fora, portanto, da cidade de Recife, na qual eles estão situados), solicitou-se ao profº **MELHIM NAMEM CHALHUB** – autor do anteprojeto da Lei 9.514/1997 e dos livros

"**Negócio Fiduciário**" e "**Da Incorporação Imobiliária**" – um parecer jurídico sobre o tema, no qual ele asseverou solenemente a impropriedade de tal prática (vide doc. 02).

Insta destacar que, ao elaborar o parecer supracitado, o aclamado mestre se debruçou amplamente sobre o caso concreto enfocado na presente ação cautelar, de modo que o trabalho por ele realizado não se limitou a um estudo teórico, mas sim numa verdadeira análise da *res in iudicium deducta* e de sua confrontação com o ordenamento jurídico vigente.

É por conta disso que se tornou possível, ao mencionado jurista, afirmar que a atitude das rés (de tentar promover, fora da cidade de Recife, as praças do leilão extrajudicial dos bens dados em alienação fiduciária) se mostra conflitante com o ordenamento jurídico vigente e com os próprios instrumentos contratuais celebrados entre elas e os autores.

Veja-se, neste sentido, o breve trecho conclusivo do parecer mencionado, que os autores pedem vênia para aqui transcrever:

> ***"Fica claro, portanto, seja em relação ao fundamento legal, seja em relação ao pactuado entre as partes, que os locais de realização do leilão dos imóveis alienados fiduciariamente em garantia, no caso em questão, são as cidades de Recife (PE) e Salvador (BA), sendo certo que sua realização fora desses municípios é nula, seja por violação das disposições legais pertinentes, seja por infração da cláusula que indica as cidades em que situados os imóveis como local de realização do leilão."*** (doc. 2 – pág. 11)

Acerca da incongruência legal e contratual da realização do leilão fora da cidade em que estão situados os imóveis alienados fiduciariamente, os autores entendem que nada pode ser dito nesta petição inicial que já não esteja brilhantemente explicado no parecer acima referido, cuja atenta leitura certamente será realizada por V. Exa..

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 rés 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 rés 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.[7]

Eis o sexto fundamento com que os autores pretendem obter a concessão da medida cautelar perseguida nesta ação.

g) Da ilicitude contida na pretensão das rés 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 autores pedem vênia para inaugurá-lo com a transcrição de elucidativo trecho do já referido parecer emitido pelo **Profº 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 com precisão o valor do imóvel quando viesse a estar concluído e em funcionamento."*
>
> *"É verdade que há estipulações contratuais fixando o valor dos imóveis para efeito de leilão (cláusula nona, parágrafo primeiro, do contrato de Salvador, e cláusula doze, parágrafo primeiro, do contrato de Recife), e estabelecendo que esse valor será "atualizado monetariamente de acordo com a variação percentual acumulada pelo mesmo índice e periodicidade que atualizam o valor do saldo devedor da cedente, a partir da presente data."*
>
> *"Sucede que, segundo informa o consulente, avaliação recente dos imóveis indica valor muito superior ao que foi estipulado no contrato, mesmo com a*

[7] De modo a demonstrar que a pretensão das rés não é admitida no sistema jurídico vigente, pede-se vênia para aqui transcrever breve ementa de decisão proferida pelo C. STJ, a qual muito bem representa a consolidada jurisprudência dos tribunais pátrios: **"PACTO COMISSORIO - SIMULAÇÃO - CODIGO CIVIL, ART. 765 - HAVENDO PACTO COMISSORIO, 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, MIn. Eduardo Ribeiro)

atualização monetária, circunstância que o torna vil em relação aos preços praticados no mercado."

"A discrepância pode ser justificada não só pelo fato de que as partes não dispunham de elementos para fixar com precisão seus valores quando da contratação, porque se tratava de terrenos com acessões, e não edifício concluído e com "habite-se," como, também, porque os imóveis situados na Região Nordeste do Brasil vem passando por expressiva valorização nos últimos anos."

"Dada essa realidade, é de se admitir que a oferta dos imóveis pelo valor fixado em época em que os imóveis ainda estavam em construção, com a simples atualização monetária, leve a que sua arrematação ou apropriação pelo credor fiduciário se faça por preço vil, propiciando enriquecimento sem causa de um ou de outro e ensejando eventualmente a nulidade do ato." (doc. 02 – págs. 19 e 20)

Ora, como se sabe, o enriquecimento sem causa é algo expressamente vedado pelo Ordenamento Jurídico pátrio (veja-se, neste sentido, os claros termos dos arts. 884/886, do Código Civil), de modo que se mostra nítida a impossibilidade jurídica da prática das rés, que ofereceram, por preço vil, em leilão extrajudicial, os imóveis alienados fiduciariamente de propriedade dos autores.

Diante da realização da oferta supracitada, tem-se que se mostra nulo de pleno direito o leilão extrajudicial no qual ela ocorreu, tal como estabelece o inciso II, do art. 166, do Código Civil.

Portanto, é a ilicitude da prática de se ter oferecido à venda, por preço vil, imóveis alienados fiduciariamente, como também a nulidade do leilão extrajudicial na qual tal oferta ocorreu, o sétimo fundamento da presente ação cautelar.

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 autores pedem vênia a V. Exa. 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 autor (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 profº 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).

Pois bem.

Dentro do espírito da pretensão das rés, de simular a realização do leilão extrajudicial exigido pela Lei 9514/1997 transformando-o numa formalidade vã, as mesmas não cumpriram nem com a norma contratual supracitada, nem com a norma legal também acima explanada, tendo em vista que nenhum procurador ou representante legal do primeiro autor, nem nenhum dos outros autores, recebeu qualquer comunicação a respeito das praças designadas para acontecer na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 18 de dezembro de 2009 e 23 de dezembro de 2009.

Obviamente, temiam as rés que os autores tomassem providências para evitar a realização ilícita das praças ou mesmo para torná-las úteis (os próprios autores poderiam ter dado uma ampla publicidade ao leilão, inclusive perante os

setores empresariais do ramo hospitalar, como deveria ter sido feito pelas rés, acaso elas realmente estivessem dispostas a cumprir a lei, ao invés de se apropriar do imóvel dado em garantia).

Enfim. Não tendo sido dada ciência aos autores acerca da designação de datas para a realização de leilão, fica caracterizada uma irregularidade procedimental apta a ensejar tanto a nulidade de todo o procedimento de alienação fiduciária da garantia, como também a concessão da medida cautelar perseguida na presente ação.

Eis o oitavo fundamento apto a ensejar o deferimento da medida cautelar perseguida pelos demandantes.

i) Da nulidade do procedimento de consolidação de propriedade – mostra-se ilícita a deflagração desse procedimento numa situação em que inexiste dívida inadimplida:

Por solicitação dos demandantes, o perito contábil Gustavo Licks analisou profundamente os aspectos econômicos da relação jurídica enfocada na presente demanda, especialmente no que se diz respeito às prestações vencidas até o dia 28 de março de 2009, de modo que elaborou o parecer contábil em anexo (doc. 19).

No estudo acima mencionado, apurou-se que as demandadas realizaram cobranças indevidas (as quais contrariam tanto as regras contratuais estabelecidas como a legislação vigente), e que, por isso, o primeiro demandante faz jus ao recebimento dobrado de todos os montantes pagos desnecessariamente (art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor).

Tendo estabelecido qual o correto valor de todas as prestações vencidas e não pagas (R$ 1.380.716,40) e qual o montante total do dinheiro que as demandadas têm a obrigação de devolver ao primeiro demandante (R$ 1.538.831,40), o D. Perito realizou uma operação de compensação, através da qual concluiu que o primeiro demandante se tornou credor das demandadas pelo valor de R$ 158.115,00 (cento e cinqüenta 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, enfocado 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 objeto[8], 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 presente ação cautelar.

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 conseqüência 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 validamente sob o princípio constitucional da reserva legal (daí a necessidade orgânica dos neoliberais na 'desregulamentação' ou 'desnormatização' dos direitos escritos, com primazia para os de ordem constitucional e predileção para os de cunho social). Assim, a vontade privada passa a ter limitação na vontade regulatória e disciplinar ditadas por normas de interesse público social. O princípio do* **pacta sunt servanda** *é relativizado, pois recebe limitações e injunções do Estado nas relações negociais de consumo e na proteção dos direitos do consumidor, sendo um primeiro e importante passo de contenção da selvageria financeira e dos abusos do poder econômico no Brasil. Convém não esquecer que, mesmo no viés*

[8] 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.

radical do liberalismo norte-americano e em países europeus de avançada social-democracia, o Estado começou a editar esses princípios públicos de proteção mandatória no início deste século XX, ora em vésperas de expirar."

(...)

"Por conseqüência, já no plano normativo formal, o princípio da função social dos negócios jurídicos é um dos pontos de alavancagem do desenvolvimento das políticas públicas em benefício da população como um todo. Mas o que importa dizer, para este efeito preliminar, é que há franquia jurídico-legal permissiva da revisão dos negócios pactuados, âmbito em que o princípio do **pacta sunt servanda** *é relativizado pelos princípios que regem juridicamente as políticas públicas de proteção do consumidor e autorizam a revisão judicial – de forma e conteúdo – dos negócios jurídicos, a exemplo do disposto no art. 6º, incisos V (1º e 2º hipóteses) e VII, c/c art. 51, inc. I a III, e §2º, do C.D.C."* (Aymoré Roque Pottes de Mello – "O Controle Difuso da Licitude Formal e Material dos Negócios Jurídicos e O Exame da Nulidade Absoluta das Cláusulas À Luz Do Sistema Estatutário de Defesa do Consumidor." – Revista da AJURIS (Doutrina e Jurisprudência), Ano XXVI, nº 76, Dezembro de 1999 – págs. 111 e 112)

"Relevante é investigar a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico desenvolvida por este autor. Ao tratar da quebra da base objetiva do negócio jurídico, Larenz propõe que o contrato só deverá subsistir se as circunstâncias objetivas, ou seja, aquelas necessárias para que o propósito das partes seja atingido, também subsistam como regulamentação dotada de sentido. Esta desaparecerá em sua base objetiva quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação pressuposta no contrato destrua-se em tal medida que não se possa mais falar em 'contraprestação'. A base objetiva do negócio também está quebrada quando a finalidade comum e objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, resulte definitivamente inalcançável."

"Segundo Orlando Gomes, ao tecer comentários sobre a obra de Larenz, 'pouco importa que as partes tenham pensado, ou não, na existência ou persistência, das circunstâncias. A representação mental é indiferente. Põe-se o problema, conseqüentemente, em termos objetivos." (Fabiana Rodrigues Barletta – "A Revisão Contratual Por Excessiva Onerosidade Superveniente À Contratação Positivada No Código De Defesa Do Consumidor. Sob Perspectiva Civil Constitucional" – texto integrante da coletânea "Problemas de Direito Civil-Constitucional" coordenada pelo profº Gustavo Tepedino – Ed. Renovar – 2000 – págs. 295 e 296)

Pois bem.

Sob a iluminação dos ensinamentos acima transcritos, desejam os autores indicar que a pretensão contida no presente tópico não se consubstancia num pleito pela não aplicabilidade do inciso IV, do art. 24 (inciso IV), ou do §1º, do art. 27, ambos da Lei 9.514/1997, mas sim num pleito pela aplicação do inciso V, do art. 6º, da Lei 8.078/1990, a qual deverá resultar na modificação da alínea "a", do parágrafo primeiro, da cláusula doze, do contrato de cessão de créditos (doc. 13).

A cláusula acima mencionada prevê a maneira de se alcançar o valor total dos imóveis alienados fiduciariamente, para fins de realização do leilão extrajudicial.

Ao que parece, foi seguindo a regra contratual em comento, que as rés estabeleceram o valor de R$ 48.158.670,89 (quarenta e oito milhões e cento e cinqüenta e oito mil e seiscentos e setenta reais e oitenta e nove centavos), como sendo o valor dos dois imóveis envolvidos na garantia, por ocasião da tentativa de realizar ilicitamente, na cidade do Rio de Janeiro, as praças do leilão extrajudicial – veja-se, neste sentido, os editais do referido leilão (doc. 06).

Contudo, conforme se pode vislumbrar pelo robusto laudo de avaliação em anexo, elaborado por consultora de alto renome[9], o valor dos imóveis supracitados é de R$ 86.100.000,00 (oitenta e seis milhões e cem mil reais), ou seja, quase que o dobro do valor da avaliação contratual – vide doc. 15.

Para o bem da verdade, insta destacar que, desde a data da contratação da cessão de créditos, o valor contratualmente atribuído aos imóveis já era inferior ao real valor dos mesmos. Contudo, a desproporção entre tais valores (valor contratual e valor real) se tornou ainda maior com o passar dos anos, o que decorreu dos seguintes fatores:

i) Na data da contratação da cessão de créditos (dia 28 de julho de 2004), a construção dos imóveis alienados fiduciariamente ainda não estava concluída – a conclusão das obras se deu em 08 de setembro de 2005, conforme revelado na Av. 12, tanto da certidão de ônus reais referente ao imóvel designado por Hospital, como na Av. 12 do imóvel designado por Garagem – vide docs. 04 e 05.

ii) Houve, desde a data da contratação (dia 28 de julho de 2004), até à presente data, uma enorme valorização dos imóveis situados nas capitais brasileiras, especialmente na cidade de Recife.

[9] Trata-se da "Omni Avaliações e Consultoria Técnica", que é a responsável pelas avaliações realizadas pelo BNDES, Banco do Brasil, Banco BVA, Banco Cruzeiro do Sul, Caixa Econômica Federal, Amil, Unimed-Rio, White Martins, etc.

iii) Face aos inúmeros investimentos feitos pelos autores – dentre os quais se destaca a própria aplicação do dinheiro obtido com a operação creditícia enfocada na presente ação – o Hospital Alfa se consolidou comercialmente, e, por via de consequência, as unidades imobiliárias nele localizadas (como é o caso dos dois imóveis alienados fiduciariamente) sofreram sensível valorização no mercado.

Ora, seja pelo fato da cláusula contratual em comento já ser originariamente desproporcional, seja pelo fato de ocorrências supervenientes terem tornado-a onerosamente excessiva, dúvidas não podem existir acerca da imperiosa necessidade de ser imposta uma modificação ou uma revisão à mesma, da maneira prevista no inciso V, do art. 6º, da Lei 8.078/1990.

O que não se pode cogitar é a possibilidade de um patrimônio dos autores, com valor real de R$ 86.100.000,00 (oitenta e seis milhões e cem mil reais), ser levado a leilão pelo preço de R$ 48.158.670,89 (quarenta e oito milhões e cento e cinqüenta e oito mil e seiscentos e setenta reais e oitenta e nove centavos).

Aqui, não se pode perder de vista que a vicissitude em comento é resultado da inobservância, por ocasião da elaboração do pacto de alienação fiduciária, da regra jurídica prevista no art. 24, da Lei 9.514/1997, segundo a qual a previsão de revisão do valor dos imóveis alienados fiduciariamente constitui elemento essencial dessa espécie de negócios jurídicos.

Acerca dessa tema, que também já foi enfocado no item "g" supra, o professor **MELHIM NAMEM CHALHUB** teceu diversas considerações no parecer anexado à presente petição inicial, de onde foi extraído o trecho abaixo, que os autores pedem vênia para aqui colacionar:

> ***"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 acessões superará em muito o valor do terreno, que originalmente foi objeto da alienação fiduciária, sendo as acessões, "em certas edificações modernas, muito mais importantes economicamente do que os terrenos onde se implantam. Tornam-se, por assim dizer, bem principal, por seu valor, em relação a eles."" (doc. 3 – págs. 14 e 15)

O direito inequívoco dos autores à obtenção da revisão judicial da cláusula acima mencionada – cuja efetivação também será pleiteada através da ação referida no segundo tópico da presente petição – constitui o décimo fundamento apto a ensejar a concessão da medida cautelar perseguida na presente ação, pois a realização de leilão extrajudicial contemplando o valor contratualmente previsto tornará ineficiente a persecução de tal revisão judicial de cláusulas.

8- DA INEXISTÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* REVERSO:

Neste oitavo tópico será sucintamente demonstrada a inexistência de risco de dano reverso derivado da concessão da medida cautelar perseguida nesta ação.

A visualização da inexistência de *periculum in mora* reverso pressupõe a emissão de resposta para uma pergunta simples: Para as rés, qual é o prejuízo que advirá do deferimento da medida cautelar perseguida nesta ação cautelar?

A resposta é: **NENHUM.** Com a concessão da medida cautelar pleiteada nesta ação cautelar, as rés apenas deixarão de poder executar extrajudicialmente a alienação fiduciária enquanto estiver sendo julgada a presente ação e a ação principal a

ser proposta, mas os bens sobre os quais tal alienação está constituída continuarão pertencendo à primeira autora, de modo que eventual obrigação devida a elas (rés) poderá ser cobrada após o julgamento das referidas ações, na improvável hipótese das mesmas serem julgadas improcedentes.

Por outro lado, com relação aos autores, como já mencionado no quinto tópico desta exordial, a concessão da medida cautelar pleiteada nesta ação permitirá que eles voltem a exercer normalmente com suas atividades empresariais, impedirá que eles se vejam definitiva e injustamente despidos da propriedade de dois bens imóveis cujos valores somados alcançam a cifra de R$ 86.100.000,00 (oitenta e seis milhões e cem mil reais) – o que ocorrerá acaso haja a transferência deles para terceiros de boa-fé –, e, assegurará a efetividade da ação judicial descrita no segundo tópico da presente petição inicial.

9- DO PEDIDO:

Ante tudo o que foi aduzido na presente exordial, os autores esperam obter as seguintes providências jurisdicionais:

a) A determinação para que a presente ação seja distribuída por dependência ao processo n.° 001.2009.122081-6, em curso perante o MM. Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de Recife.

b) O deferimento liminar, independentemente da oitiva da parte contrária, de medida cautelar 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 rés citadas para, querendo, contestarem a presente ação cautelar, no prazo legal de 5 (cinco) dias, sob pena de revelia.

d) Ao final do processo, seja confirmada a medida cautelar liminarmente concedida.

e) Sejam as rés condenadas ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Protestam os autores pela produção de todas as provas admitidas pelo Código de Processo Civil, em especial a oral (consubstanciada no

depoimento pessoal das rés e na oitiva de testemunhas), a pericial contábil e de engenharia, como também a documental superveniente.

Dá-se à causa o valor, meramente estimativo, de R$ 10.000,00 (dez mil reais), destacando-se que a mesma não versa sobre a propriedade de imóveis, mas somente visa sustar a produção de efeitos inerentes a procedimento de consolidação de propriedade.

Para os fins do artigo 39, do CPC, indica o endereço da Av. Rio Branco, nº 110, 35º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, e requerem sejam todas as publicações efetuadas em nome do advogado Roberto Algranti, inscrito na OAB-RJ sob o n.° 15.590, sob pena de nulidade.

Nestes termos,
Pedem deferimento.
Recife, 05 de maio de 2010.

João Baptista de Paiva Ramalho
OAB/RJ 488

Roberto Algranti
OAB/RJ 15.590

Luiz Gustavo N. F. Mourão
OAB/RJ 109.811