Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carla Wainer Chalréo Lgow

Direito de Preferência

Rio de Janeiro

2012

Carla Wainer Chalréo Lgow

Direito de Preferência

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CCS/C

L687d Lgow, Carla Wainer Chalréo.

Direito de preferência./ Carla Wainer chalréo Lgow. – 2012.
250 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito de preferência- Teses. 2. Contratos. 3. Negócios jurídicos. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese/dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Carla Wainer Chalréo Lgow

Direito de Preferência

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil

Aprovado em:_____

Banca da examinadora:

_____
Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Faculdade de Direito da UERJ

_____
Prof. Dr. Anderson Schreiber
Faculdade de Direito da UERJ

_____
Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto
Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Aos queridos Daniel e Rafael, que sempre terão a minha preferência.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação, embora fruto de incontáveis horas solitárias, certamente não poderia ter sido concluída sem a ajuda e o estímulo de algumas pessoas fundamentais. Sem a pretensão de apontar todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram direta ou indiretamente com a elaboração deste trabalho, agradeço, em primeiro lugar, ao professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, pela valiosa orientação. Além de ter acompanhado de perto este meu estudo sobre direito de preferência e de ter se mostrado um excelente ouvinte, as precisas orientações do Caé, como é carinhosamente conhecido, foram vitais para me manter no caminho.

Agradeço, também, aos professores do mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em especial Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Anderson Schreiber e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, a quem devo não só ensinamentos e incentivos, como também o meu amadurecimento acadêmico. Aos professores Maria Celina, Guilherme e Anderson, agradeço especialmente por ter podido compartilhar parte de minhas dúvidas e angústias, e por ter recebido enriquecedoras lições, respostas e indicações.

Sou grata, igualmente, aos meus colegas de turma e mais novos amigos Luiza Lourenço Bianchini, Elisa Cruz, Carlos Eduardo Guerra, Lilibeth Azevedo, Madalena Alves dos Santos, Maria Martha Pereira e Raul Murad, pelas interessantes discussões e agradável convivência nesses últimos anos, assim como a Rebeca Garcia, Marcela Maffei Quadra Travassos e Caroline Dias Andriotti. À Luiza devo, além da amizade, indicações bibliográficas valiosas e produtivas caronas para o Centro, impregnadas das mais intrincadas discussões jurídicas.

Ao escritório Barbosa, Müssnich & Aragão, do qual faço parte, integrando a Área de Pesquisa, agradeço o apoio imprescindível para a realização deste projeto, não só pelo incentivo ao desenvolvimento dos profissionais e pelo reconhecimento à importância da atividade acadêmica, como também pela flexibilidade de horários. Às queridas Marcella Campinho Vaz e Fernanda Mynarski, nossas meninas infalíveis, agradeço pela ajuda nas inúmeras pesquisas e na revisão final do texto. Ao Vitor Butruce, companheiro de área desde 2005, pelas dicas e por alguns dos acórdãos citados. Ao Bruno Lewicki, que nunca deixará de fazer parte do time, por ter gentilmente me convidado para ministrar, às vésperas de minha defesa, uma aula de graduação sobre direito de preferência. Sequer é preciso explicar o quanto esta oportunidade me foi útil. À Gisela Sampaio da Cruz, como ela mesma disse uma vez,

minha sócia e companheira de todas as horas, devo quase tudo. Além do auxílio na escolha do tema – que, aliás, me acompanha desde a monografia de conclusão da graduação, ocasião em que contei com a essencial orientação do professor Marcelo Junqueira Calixto, a quem também agradeço –, a Gisa é a grande responsável por minha evolução profissional. Com ela, discuti vários pontos desta dissertação, e pude contar com a leitura atenta do original. Palavras não bastam para expressar meu agradecimento.

Ainda no BM&A, registro meus agradecimentos ao Chico Müssnich, pelo incentivo à pesquisa, à Isabel Leslie Rose, pela tradução do resumo, e aos queridos amigos Ellen Juste Nuñez, Patrícia Sabino, Fernanda Carneiro, Isabel Pumar e Octávio Fragata, com quem convivo diariamente, por tornar as tardes mais interessantes e agradáveis. Ao Octávio, meu companheiro de sala, devo parte da bibliografia portuguesa, que ele voluntariamente se dispôs a adquirir para mim em uma de suas viagens.

Ao professor Agostinho Cardoso Guedes, cuja tese de doutorado serviu de norte para a elaboração desta dissertação, agradeço por, mesmo à distância e sem me conhecer pessoalmente, ter se prontificado a ajudar, esclarecendo gentilmente por e-mail minhas indagações. Ao João Vicente Neves Baptista, advogado atuante em Pernambuco, que também não tive a oportunidade de pessoalmente conhecer, agradeço por ter me enviado exemplar raro de trabalho sobre o pacto de preempção de autoria de seu avô, Mario Neves Baptista, apresentado para o concurso de livre docência da Faculdade de Direito da Universidade de Recife em 1948.

Por fim, não poderia deixar de agradecer o apoio incondicional do Daniel, de minha mãe Felícia, minha avó Mercedes, meu irmão André e, mesmo sem compreender exatamente o significado de um mestrado, de meu querido Rafael, pois sem eles a vida sequer faria sentido.

RESUMO

LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Direito de Preferência*. 2012. 250f. Dissertação Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação trata do direito de preferência para a celebração de negócios jurídicos, em geral translatícios de propriedade, que não encontra definição expressa no Código Civil, muito embora diversos dispositivos legais aludam ao referido direito. Na medida em que limita a liberdade contratual do vinculado à prelação, no tocante à escolha do outro contraente, a preferência, de origem legal ou negocial, atribui ao sujeito ativo da relação prelatícia o direito de ser preferido. Para tal, exige-se que o vinculado à preferência tenha decidido, de maneira livre e inequívoca, celebrar um contrato preferível, e que a sua intenção se tenha materializado, com a presença de um terceiro efetivamente interessado em com ele contratar. Constituído o direito do preferente, o que em geral chega a seu conhecimento por meio de notificação extrajudicial remetida pelo obrigado à prelação, pode aquele manifestar interesse em preferir, ou não. No primeiro caso, nasce na esfera jurídica do vinculado à prelação o dever de com ele contratar, nos mesmos termos e condições ajustados com terceiro. Dever este cuja violação, a depender da eficácia, real ou obrigacional, da preferência, possibilitará ao sujeito ativo perseguir não só as perdas e danos por ele eventualmente sofridas em decorrência do desrespeito a seu direito, como também, cumulativamente, lhe facultará exigir o cumprimento específico da obrigação. Neste último caso, o negócio jurídico celebrado entre o obrigado à preferência e terceiro será, perante o preferente, inoponível.

Palavras-chave: Direito de preferência. Acordo de acionistas. Direito potestativo. Obrigação com eficácia real.

ABSTRACT

This thesis examines rights of first refusal to enter into a business transaction, generally involving the transfer of property. Rights of first refusal are not specifically defined in the Brazilian Civil Code, although various provisions of the Code allude to them. While on one hand rights of first refusal, whether legal or contractual in origin, limit the contractual freedom of the obligor, by restricting his choice of contracting parties, on the other they generate a preference or option in the right holder to conclude the transaction contemplated by the right. Before this preference or option can be exercised, however, the obligor must have formed the free and unmistakable intention to enter into the business transaction subject to the right of first refusal, and this intention must be made manifest in relation to a third party that is effectively interested in making the contract. The holder of the right of first refusal usually becomes aware that the right has become exercisable by notice sent by the obligor, and in response the right holder is required to state whether the right will be exercised or not. If the right is exercised, a new obligation arises on the part of the obligor to enter into the transaction with the right holder, on the same terms and conditions agreed with the third party. Depending on whether the right of first refusal is personal or real in nature, violation of this obligation can give rise not only to the right to reparation of losses suffered as a consequence of the breach, but also the right to demand specific performance of the obligation, in which case any transaction made between the obligor and a third party will be unenforceable against the holder of the right of first refusal.

Keywords: Right of first refusal. Shareholders' agreement. Unilateral Right. Obligation with in rem effectiveness.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	**ESTRUTURA E FUNÇÕES DOS DIREITOS DE PREFERÊNCIA**	14
1.1	**Fontes**	14
1.2	**Terminologia**	16
1.3	**Estrutura**	19
1.3.1	*A preferência é compatível com diversos negócios jurídicos*	19
1.3.2	*A preferência impõe um limite à liberdade contratual do sujeito passivo*	21
1.3.3	*A preferência deve ser exercida em paridade de condições*	23
1.3.4	*Tempo de vigência*	26
1.4	**Funções**	28
1.5	**Interpretação**	35
1.5.1	*Abrangência*	37
1.6	**Natureza jurídica**	43
1.6.1	*A preferência, em alguma hipótese, constitui espécie de direito real?*	44
1.6.2	*As teorias do direito de crédito condicionado*	58
1.6.3	*As teorias do direito de crédito correspondente a um non facere*	62
1.6.4	*As teorias do direito potestativo*	64
1.6.5	*A teoria do direito potestativo constitutivo de um direito de crédito*	66
2	**A PREFERÊNCIA COMO RELAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA**	69
2.1	**Constituição do direito de preferência: pressupostos gerais**	69
2.2	**A comunicação para o exercício do direito de preferência ou *denuntiatio***	78
2.2.1	*Generalidades*	78
2.2.2	*Função e natureza da comunicação para preferência*	82
2.2.3	*A qualificação da comunicação para preferência como proposta contratual*	85
2.2.4	*A obrigação do sujeito passivo em realizar a denuntiatio não é incompatível com o caráter potestativo do direito de preferência*	88

2.2.5	*O conteúdo da denuntiatio*	91
2.2.5.1	Necessidade de a *denuntiatio* identificar o terceiro com quem o sujeito passivo pretende contratar	94
2.2.6	*Quando proceder à comunicação. Quem deve e quem pode fazê-la, e a quem deve ser feita. Consequências da falta de comunicação ou da comunicação irregular*	96
2.3	**O exercício do direito de preferência, via declaração**	102
2.3.1	*Qualificação jurídica e efeitos da declaração positiva do sujeito ativo*	102
2.3.2	*Quando proceder à declaração. Quem pode fazê-la, e a quem deve ser feita. Conteúdo da declaração. Consequências da falta de declaração ou da declaração irregular*	105
2.3.3	*Pluralidade de preferentes*	109
2.3.4	*Sujeito passivo e preferente podem, de comum acordo, celebrar o contrato em termos diversos do projetado com o terceiro?*	111
2.3.5	*O exercício da prelação constitui para o preferente uma obrigação de contratar?*	113
2.3.6	*Após o exercício da preferência, pode o sujeito passivo voltar atrás em sua decisão de contratar?*	120
2.3.7	*A qualificação da declaração para preferir como aceitação contratual*	124
3	**A FASE PATOLÓGICA DA RELAÇÃO DE PREFERÊNCIA E OS MEIOS DE TUTELA À DISPOSIÇÃO DO PREFERENTE**	130
3.1	**Os deveres a que as partes estão sujeitas na relação de preferência**	130
3.2	**Meios de tutela à disposição do preferente**	132
3.2.1	*A eficácia real ou obrigacional dos direitos de preferência*	134
3.2.2	*O direito à indenização*	142
3.2.3	*O direito à execução específica, via ação de preferência*	148
3.2.3.1	Natureza e finalidades da ação de preferência	148
3.2.3.2	Pressupostos do recurso à ação de preferência	160
3.2.3.3	Os ônus que recaem sobre o preferente	160
3.2.3.4	Efeitos da procedência da ação de preferência	164

3.2.3.5	Legitimidade das partes na ação de preferência	168
4	**A DINÂMICA DOS DIREITOS DE PREFERÊNCIA**	171
4.1	**A dinâmica dos direitos de preferência**	171
4.2	**Direito de preferência inserido em acordo de acionistas**	172
4.2.1	*Os "acordos de bloqueio"*	172
4.2.2	*Pacto de preferência para aquisição de ações inserido em acordo de acionistas*	175
4.2.2.1	Eficácia perante terceiros	178
4.2.2.2	A redação da cláusula que institui a preferência	187
4.2.2.3	Quanto ao objeto do direito de preferência: o exercício da preferência deve incidir sobre a totalidade do objeto da oferta, ou pode incidir apenas sobre parte dele?.	189
4.2.2.3	Quanto aos negócios jurídicos abrangidos pelo pacto de preferência	196
4.2.3	Direito de preferência nas transferências indiretas de participação ("alienações em cadeia")	198
4.3	**Direito de preferência dos condôminos de bem indivisível**	208
4.3.1	*Incidência da preferência nas alienações entre condôminos*	210
5	**CONCLUSÃO**	215
	REFERÊNCIAS	226

INTRODUÇÃO

"*Quando a regulamentação legislativa se apresenta muito sintética e simplificada é natural que as incertezas se multipliquem*".

José Frederico Marques

No ordenamento jurídico pátrio, o direito de preferência, tratado de modo assistemático pelo legislador, poderia ser representado por um grande mosaico. No que tange aos direitos legais de prelação, as normas encontram-se dispersas no Código Civil[1] e em legislação especial, quando, por alguma razão, considerou-se prudente atribuir esta espécie de direito a certos sujeitos, nas mais variadas situações. Já com relação ao direito de preferência convencional, também denominado pacto de preferência, não há, no Brasil, regramento legislativo geral a respeito, havendo, apenas, previsões legais esparsas de direitos de preferência que podem ser contratados pelas partes, a exemplo do pacto de preempção e do pacto inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas. A rigor, entretanto, não há necessidade de previsão legislativa expressa para cada espécie de pacto de preferência, na medida em que tal pactuação é expressão da própria autonomia privada.

O tratamento legislativo conferido aos direitos de preferência, legais ou convencionais, reflete na forma como o instituto vem sendo analisado, até o momento, pela grande maioria da doutrina brasileira, isto é, casuisticamente, e de maneira assistemática.

Se é certo que a natureza do instituto lhe assegura lugar em todos os manuais de direito civil, bem como que sua presença se faz constante em diversos precedentes jurisprudenciais, é também verdade que os primeiros acabam por tratar o tema apenas assinalando os traços fundamentais da relação de preferência, e que os segundos, por se moverem pelas fronteiras delimitadas pelo caso concreto, dificilmente apontam a ligação entre as soluções propostas e os princípios estruturantes do instituto.

O principal objetivo da presente dissertação, então, é buscar, na medida do possível e considerando as peculiaridades e as funções inerentes a cada um dos direitos de preferência, um tratamento sistemático para esse direito, num esforço de identificação do lugar próprio da preferência no mapa do ordenamento jurídico.

Como já dizia JOSÉ FREDERICO MARQUES, "quando a regulamentação legislativa se apresenta muito sintética e simplificada é natural que as incertezas se multipliquem, cabendo,

[1] Lei nº 10.406/2002.

assim, à doutrina e à jurisprudência, cobrir as omissões legais com os métodos e sistemas de integração do *jus scriptum*, que o Direito prevê"[2].

Busca-se, com efeito, juntar as peças de um enorme quebra-cabeça, e descobrir aquilo que é comum na já sublinhada variedade de direitos de preferir. Adiante-se, contudo, que nem sempre isto será possível, pois em alguns casos certo direito de preferência não se adequará à teoria geral ora desenvolvida.

Acredita-se que o estudo mais aprofundado do direito de preferência assume considerável relevância prática e acadêmica, considerando, de um lado, a carência de trabalhos monográficos, no Brasil, dedicados ao assunto e, de outro, a presença da temática nas mais variadas relações civis e empresariais.

Cumpre esclarecer, desde logo, que o termo "preferência", no sistema jurídico brasileiro, é utilizado não só para tratar do direito homônimo objeto deste trabalho, como também para regular outros institutos. Assim, é preciso já aclarar que não se tem por escopo examinar a preferência como uma das características inerentes aos direitos reais, ao lado de outras, como a sequela e a ambulatoriedade, tampouco as preferências creditórias na penhora, em processos de execução, nem sequer as preferências creditícias no âmbito do processo falimentar[3]. O que se pretende tratar é simplesmente da preferência como o direito, legal ou contratual, de alguém ser preferido na celebração de certo negócio jurídico, nos mesmos termos e condições em que ele foi ajustado com uma terceira pessoa.

Nesse esforço de sistematização do instituto, o primeiro passo será alinhavar os traços que definem a identidade da relação de preferência. Deste modo, serão descritas as principais características da estrutura da relação prelatícia, bem como as funções que ela assume no ordenamento jurídico. Será exposto, ainda, um panorama das teorias a respeito de sua natureza jurídica, e apontada aquela que, ao que parece, mais se amolda ao instituto.

Em seguida, no segundo Capítulo, as atenções estarão voltadas para o passo a passo da relação prelatícia, conhecido como *modus prelationis*, passando pelos pressupostos necessários para disparar os efeitos típicos do direito de preferir, pela comunicação para preferência ou *denuntiatio* e, em seguida, pela declaração, positiva ou negativa, do preferente.

Já no terceiro Capítulo serão abordados aspectos ligados à patologia da relação de preferência, identificando-se os deveres que recaem sobre o vinculado à prelação, as possíveis formas de inadimplemento dos referidos deveres, bem como as alternativas postas à

---

[2] "A preferência do inquilino". In: *Revista dos Tribunais*. V. 334. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1963, p. 551.

[3] MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 189, em nota de rodapé.

disposição do preferente para reagir ao incumprimento, tendo em conta principalmente o momento em que ocorre a violação e a eficácia, real ou obrigacional, do direito do preferente.

Por fim, a pretensão do quarto e último Capítulo é trazer à tona questões concretas que se põem no contexto do pacto de preferência para aquisição de ações inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas, e do direito legal de preferência atribuído a condôminos de bem indivisível.

1 ESTRUTURA E FUNÇÕES DOS DIREITOS DE PREFERÊNCIA

"*A análise estrutural e a análise funcional devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira, como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer do novo pelo novo, são particularmente favoráveis*".

Norberto Bobbio

1.1 **Fontes**

As origens do direito de preferência na legislação brasileira, segundo OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, remontam à herança jurídica portuguesa[4]. Enquanto parte da doutrina que se dedicou ao estudo do tema louva as previsões legais que atribuem direitos de preferência nas mais variadas situações, outros criticam veementemente a proliferação dos direitos legais de prelação, sob o argumento de que este instituto encerraria um entrave à livre circulação dos bens e ao desenvolvimento econômico. Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "[n]ão sendo um valor de progresso, a multiplicação das preferências representa um enorme desperdício de riqueza, com o qual se deve saber lidar, para minorar os seus aspectos negativos"[5]. Tais críticas não alcançam os direitos de preferência gerados pela vontade negocial das partes, no exercício de sua autonomia privada[6].

A lei e o negócio jurídico, aliás, são as duas grandes fontes nas quais os direitos de

---

[4] "Compra e venda, troca, contrato estimatório". In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. V. 6. T. I. São Paulo: Atlas, 2008, p. 375. Em suas palavras, a existência do direito de preferência, no direito brasileiro, "é resultado da herança jurídica portuguesa. Nas Ordenações Filipinas, o direito de preempção era regido pelo Livro IV, Título II, § 2º". É esta, aliás, uma das razões pelas quais, ao longo deste trabalho, tantas vezes serão trazidas lições de doutrina portuguesa. Além da origem lusitana do direito de prelação no ordenamento jurídico brasileiro, em Portugal a temática é desenvolvida de maneira bem mais minuciosa do que no Brasil, o que é refletido na riqueza de fontes bibliográficas lá presentes.

[5] *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações – contratos, negócios unilaterais. V. 2. T. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 485. Para o autor, as preferências legais assumem dimensão de extrema litigiosidade. Ainda quando travestida de função social, ela seria sentida como um entrave à liberdade de alienar. Além disso, seria razão de ações de preferência que deixam prédios imobilizados durante décadas.

[6] Não obstante, também é possível encontrar críticas à estipulação de direito de preferência contratual: "direitos de preferência desencorajam terceiros, potenciais ofertantes, de ingressar em uma competição para adquirir [o bem objeto da preferência], de forma que o instrumento contratual [que prevê a prelação] reduz a expectativa realizável do vendedor. Por esta razão, o direito de preferência tem se mostrado custoso para as partes contratantes". Tradução livre. No original: "[r]ights of first refusal discourage potentially high-valuing third-party bidders from entering a contest to purchase, and thus the instrument reduces a seller's expected realization. For this reason the right of first refusal proves to be costly for the contracting parties" (WALKER, David I.. "Rethinking rights of first refusal". Harvard Law School. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=188190> . Acesso em 04abr. 2012).

preferência, no Brasil, encontram sua origem[7]. De um lado, o legislador, no Código Civil e em legislação extravagante, associa direitos legais de preferência a diversas situações jurídicas. De outro, o direito de preferência surge como contrato autônomo ou cláusula acessória de outros contratos[8].

Na prática, entretanto, a preferência convencional raramente surgirá como contrato autônomo. Se tal suceder, ela provavelmente configurará uma liberalidade, ao traduzir uma concessão, por uma pessoa, de um benefício sem contrapartida. Em regra, a preferência convencional "articula-se como uma cláusula no seio de um contrato mais vasto"[9], e é esta, aliás, a razão pela qual ela será adiante designada "pacto de preferência", como comumente o faz a doutrina[10].

Apesar da relativa abundância dos direitos de preferência no ordenamento jurídico brasileiro – citam-se, a título exemplificativo, (i) os direitos de preferência legais conferidos aos condôminos de bens indivisíveis (artigo 504 do Código Civil), aos locatários e sublocatários de imóveis urbanos residenciais ou comerciais (artigo 27 e seguintes da Lei nº 8.245/1991 – "Lei de Locações"), aos coerdeiros (artigo 1.794 do Código Civil), aos superficiários e aos proprietários do solo (artigo 1.373 do Código Civil), aos Municípios (artigo 25 e seguintes da Lei nº 10.257/2001 – "Estatuto da Cidade"), aos arrendatários rurais (artigo 92, parágrafos 3º e 4º, da Lei nº 4.504/1964 – "Estatuto da Terra"), aos acionistas de

[7] Para haver direito de preferência, assim, exige-se previsão em lei ou em negócio jurídico. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, "não há direito de preferência tácito. Depende da existência de cláusula expressa, em virtude de consistir em forte restrição ao tráfico jurídico e à liberdade contratual" ("Parte especial: das várias espécies de contratos". In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 171). Em sentido semelhante: "[o] direito de preferência [...] representa um afastamento de regra comum da livre disposição, pelo que tem que constar de lei expressa – preferência legal – ou de convenção das partes – preferência convencional" (MARTINS, António Carvalho. *Preferência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 21).

[8] Para Pontes de Miranda, também seria possível estabelecer direitos de preferência em negócios jurídicos unilaterais, a exemplo da promessa de recompensa, e plurilaterais, a exemplo dos acordos de acionistas: "[o] negócio jurídico de que pode provir o direito de preferência ou é unilateral, ou bilateral, ou plurilateral. A fonte negocial mais frequente é o negócio jurídico bilateral, o contrato ou pacto de preferência; todavia, nada obsta a que se atribua a alguém, em negócios jurídicos unilaterais, ou em negócios jurídicos plurilaterais, direito de preferência" (*Tratado de direito Privado*. T. XXXVIII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005, pp. 509-510). Igualmente afirma Manuel Henrique Mesquita, asseverando que o testamento pode ser fonte criadora de direito de preferência (*Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 191). No mesmo sentido: BAPTISTA, Mario Neves. *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*: conceito, história e efeitos do pacto de preempção. Recife: Imprensa Industrial, 1948, p. 8. Como, entretanto, em grande parte das vezes, o direito de preferência negocial encontra sua origem em contratos, será chamado também de preferência convencional ou contratual.

[9] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 481.

[10] Como relata Felipe Campana Padin Iglesias, "[n]o direito brasileiro, apesar da ausência de clara diferenciação, a doutrina tem entendido que os pactos são considerados como as figuras nascidas de cláusulas incluídas em determinados contratos que, por essa razão, passam a se submeter a regras particulares" (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro:* natureza jurídica e tutela executiva judicial. Dissertação de mestrado, requisito parcial para a obtenção de título de mestre em direito comercial pela USP, apresentada em 2011, p. 64, em nota de rodapé).

sociedade anônima controladora de sociedade subsidiária integral (artigo 253, inciso I, da Lei nº 6.404/1976 – "Lei das S.A." ou "LSA")[11] e (ii) os direitos de preferência convencionais previstos no artigo 513 e seguintes do Código Civil (pacto de preempção) e no artigo 118 da Lei das S.A. (preferência inserida em acordos de acionistas)[12] –, nem os direitos legais de preferência nem os de origem convencional foram regulados de maneira geral e sistemática pelo legislador. Tampouco há regulação específica da ação de preferência, mecanismo adequado para o preferente fazer valer seu direito coercitivamente, diante da violação de algum dos deveres a cargo do vinculado à preferência, oriundo da relação prelatícia.

1.2 **Terminologia**

Seja por suas raízes longínquas[13], seja pelas várias vicissitudes pelas quais, ao longo

[11] Nos termos do referido artigo 253, "[n]a proporção das ações que possuírem no capital da companhia, os acionistas terão direito de preferência para: I – adquirir ações do capital da subsidiária integral, se a companhia decidir aliená-las no todo ou em parte [...]". Na definição de Nelson Eizirik, "a subsidiária intergral constitui uma sociedade unipessoal, cujo único acionista é uma sociedade brasileira. [...] O controle é total; a sociedade controladora deve deter todas as ações de emissão da controlada para que ela possa ser definida como subsidiária integral" (*A lei das S/A comentada*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 387). É possível a reversão da subsidiária integral em sociedade pluripessoal, "caso em que os acionistas da companhia controladora – e única acionista – terão direito de preferência para adquirir [...] as ações da subsidiária integral. [...] Caso haja a oferta para terceiros, caracterizando-se a reversão da subsidiária integral em sociedade pluripessoal, os acionistas minoritários da controladora terão o direito de preferência. [...] [As ações] não adquiridas pelos minoritários da controladora, decorrido o prazo de decadência, poderão ser livremente alienadas a terceiros, desde que nas mesmas condições de preço e forma de pagamento" (*Ibid*, pp. 408-410). A Comissão de Valores Mobiliários, em mais de uma oportunidade e modificando seu posicionamento anterior, manifestou entendimento no sentido de que o direito de preferência não incide caso se trate de sociedade subsidiária integral "de fato" ou "substancialmente unipessoal", isto é, quando existem outros acionistas com participação ínfima no capital social, em geral membros do conselho de administração (Processo Administrativo Sancionador nº 2010/9078 e Processo Administrativo Sancionador nº 2010/13425).

[12] Como, para além dos direitos de preferência, legais e convencionais, previstos no Código Civil, existem ainda outros direitos distribuídos por uma vasta gama de diplomas normativos, qualquer enumeração correria o risco de ser incompleta, além de fugir ao escopo do presente trabalho uma análise detida de cada uma das espécies de preferências previstas pelo legislador. Por esta razão, as referências aos dispositivos que tratam dos direitos de prelação serão trazidas ao longo do texto, conforme tenham relação com o ponto que estará sendo tratado.

[13] Já no direito romano é possível encontrar diversas referências ao instituto da preferência, muito embora, em grande parte das vezes, com contornos distintos dos atuais. Tais referências surgiam, por exemplo, no contexto da enfiteuse, da alienação de bens comuns por coerdeiros e da recuperação da propriedade em contratos de compra e venda. Grosso modo, as principais características do direito de preferência do direito romano, que as diferenciam do instituto tal como modernamente delineado, são (i) a possibilidade de exercício do direito por um preço previamente fixado, e (ii) o seu escopo de impedir a alienação a terceiros (cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*. Porto: Coimbra Editora, 2006, p. 38). António Menezes Cordeiro, por sua vez, relata a importância da preferência no período medieval, muito embora refira a existência de manifestações do instituto, em geral como resquícios de uma propriedade comunitária primitiva, em povos mais antigos, como os eslavos, os germânicos e os judeus (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 465). No tocante a estes últimos, tem-se notícia da aplicação de direito de preferência, nas relações de vizinhança, há mais de três mil e oitocentos anos, como relata Rabbi Moshe Bogomilsky, referindo-se ao patriarca Abraão, nascido no ano de mil oitocentos e doze antes da era atual: "pergunta: ¿Si Abraham estaba interesado en comprar un tronzo de tierra de Efrón, por qué habló a los hijos de Jet y no con Efrón directamente? Respuesta: Hay una *halajá* [lei rabínica] conocida como *bar metrzá* (Joshen Mishpat 175). Cuando alguien quiere vender un campo, el vecino tiene el derecho de adquisición antes que ningún otro. Abraham temía que si

dos tempos, foi passando o instituto, o fato é que o direito de preferência foi apresentando uma variedade terminológica a que atualmente ainda se recorre[14].

O vocábulo preferência, como lembra ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, "é formado pelo advérbio *prae* (preposição com valor de advérbio antes, preferência), e pelo verbo latino *emere* 'comprar', significando etimologicamente preferência na compra"[15]. Ou ainda, na lição de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, "preferência, substantivo feminino, revela o sentido de preferir, de escolher um de entre outros, e a possibilidade de ter prioridade em relação a outros. Origina-se do latim *praeferentìa*"[16].

No Brasil, costuma-se verificar a utilização dos termos "direito de prelação" – que, apesar de gozar do mesmo significado jurídico de preferência, num primeiro momento significava o direito de preferência dos filhos mais velhos em serem nomeados para os cargos

---

trataba directamente con Efrón, los vecinos podrían objetar la venta y decidir adquirirla. Él, por lo tanto, tomó un cierto número de medidas con la intención de asegurarse de que la ley de *bar metrzá* no fuera aplicada. Cuando uno vende un campo a su propietario original, la ley de *bar metrzá* no se aplica. Originalmente Eretz Israel [terra de Israel] era propiedad de los hijos de Shem, el antepasado de Abraham. Posteriormente, Canaan, de quien eran descendientes los hijos de Jet tomaron la tierra. Por lo tanto Abraham dijo 'Yo soy *guer vetoshav* – un inmigrante y residente entre ustedes. A pesar de que ahora soy un inmigrante en el país, realmente soy un residente hecho e derecho. Dado que mi antepasado era ele propietario original, tengo la prioridad y nadie puede objetar la venta'. Con respecto a que los hijos de Jet pudieran no estar de acuerdo, les pidió que hablaran con Efrón en su nombre. Esto alejaría toda duda de que ellos aceptaran la venta. Temiendo que en el último momento ellos pudieran decidir comprar la tierra después de todo, Abraham se aseguró de usar moneda de la mejor calidad. De acuerdo con la *halajá*, cuando el comprador da dinero de mejor cualidad que los vecinos, ellos ya no tienen derecho a oponerse a la venta" (*Hablarás de Torá*: Bereshit – una compilación de selectas revelaciones, pensamientos generadores de ideas y explicación de pasajes de la Torá. Buenos Aires: Editorial Bnei Sholem, 2000, p. 86).

[14] Na Espanha, as figuras correspondentes ao direito de preferência são designadas "tanteos", "retractos", "derechos de adquisición preferente" e "preemciones" (REY, Manuel Ignacio Feliu. *El tanteo convencional*. Madrid: Editorial Aranzadi, 1997, p. 15). Igualmente rica é a terminologia italiana, que abrange termos como "patto di preferenza", "patto de prelazione", "diritto di prelazione" e "diritto de retratto" (MOSCARINI, Lucio Valerio. "Prelazione". In: *Enciclopedia del diritto*. V. 34. Milão: Giuffrè, 1985, p. 981 e ss.). Em Portugal, tem-se chamado o direito de preferência de "opção", "preempção", "prelação", "preferência" e "tanteio" (CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p. 487). De maneira análoga, na França também são utilizadas denominações variadas para designar realidades semelhantes ao direito de preferência, como "pacte de préférence", "droit de retrait" e "droit de préemption" (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Le droit de préemption*
Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 30). Finalmente, no ordenamento jurídico alemão, é possível encontrar termos que remetem ao direito de preferência brasileiro, a exemplo de "vorkauf", "vorkaufsrecht" e "vormerkung" (PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. 63. ed. Munique: C. H. Beck, 2004, p. 659).

[15] "Das várias espécies de contrato". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. V. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 302.

[16] "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 375. Paulo Luiz Netto Lôbo, por sua vez, em comentário ao artigo 513 do Código Civil, assim define os termos "preferência", "prelação" e "preempção": "não há qualquer distinção entre preferência, preempção e prelação, para os fins da norma. Etimologicamente, prelação é ação de preferir; preferência, escolha; no século XV, era o direito que tinham os filhos de serem nomeados para os cargos dos pais; na terminologia jurídica tem sentido equivalente à preferência. Preempção deriva de *prae-emptor*, primeiro comprador, ou de *prae-emptio* com significado de preferência ou precedência para a compra, ou compra contratada com antecipação. Os dois termos, em direito civil, confundem-se com preferência, entendida como direito de ser considerado em primeiro lugar, antes das outras pessoas, como vantagem ou primazia" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 170).

dos pais[17] – e "direito de preempção" – que apresenta o mesmo sentido etimológico de preferência – como expressões sinônimas ao direito de preferência. Não obstante, nesta seara, apenas o primeiro será tratado como tal. A utilização do termo "direito de preempção", por outro lado, ficará restrita ao direito de preferência que encontra origem no pacto de preempção, adjeto à compra e venda, que impõe ao comprador, quando pretender alienar a coisa, a obrigação de oferecer preferência ao vendedor original, e vem regulado no artigo 513 e seguintes do Código Civil.

A rigor, e como já ressaltado na Introdução, o legislador se utiliza da expressão "direito de preferência" para se referir a uma variedade de institutos jurídicos que fogem ao escopo desta investigação, a exemplo (i) do direito de preferência concedido ao credor, por ocasião da penhora, na aquisição de bens penhorados (artigo 612 do Código de Processo Civil); (ii) da preferência no pagamento assegurada ao credor pignoratício e hipotecário, até o limite do valor do bem empenhado ou hipotecado (artigo 1.422 do Código Civil)[18]; (iii) da ordem de preferência dos credores em caso de falência (artigo 83 da Lei n° 11.101/2005); (iv) do direito de preferência do acionista na aquisição de novas ações ou títulos conversíveis em ações de sociedades anônimas (artigo 109, inciso IV, da Lei das S.A.); (v) do direito de preferência do sócio da sociedade limitada na aquisição de novas quotas, por ocasião de operação de aumento de capital (artigo 1.081 do Código Civil), e por ocasião da penhora de quotas (artigo 685-A, § 4°, do Código de Processo Civil); (vi) do direito de preferência da União, sem igualdade de condições, na aquisição de acervos de interesse público (Lei n° 8.394/1994, art. 3°), dentre outros[19].

Nenhum destes institutos será objeto deste trabalho, que visa a analisar tão somente o

---

[17] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 376.

[18] Na lição de Gustavo Tepedino, a preferência, enquanto característica dos direitos reais ao lado de outras, como sequela e ambulatoriedade, "é conferida ao direito real em relação aos demais direitos de crédito. O titular de uma hipoteca [...] terá preferência na satisfação do seu crédito, diante do devedor insolvente, preferindo-se-lhe na apuração dos haveres em relação aos demais direitos de crédito. Afirma-se que a preferência prestigia, nesse sentido, o direito de sequela". Além disso, ainda enquanto característica dos direitos reais, "o direito de preferência, de outro lado, possui significado de ordem temporal ao consagrar o princípio, válido no sistema de registros públicos, segundo o qual a prioridade do registro oferece preferência no direito. [...] Entre dois sujeitos que disputam a titularidade de um direito real, prevalece aquele que demonstra o registro anterior de seu direito" ("Direito das Coisas". In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. V. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34).

[19] José Pinto Loureiro expõe a diferença entre o direito de preferência enquanto característica dos direitos reais e o direito de preferência objeto da presente investigação: "[o] direito real confere ao seu titular um direito de preferência: quando uma mesma coisa é reclamada ao mesmo tempo por duas pessoas, por uma em virtude de um direito real e por outra em virtude de um direito de obrigação, a primeira sempre será preferida à segunda. [...] O direito de preferência não foi aqui tomado no seu significado técnico-jurídico, referido a dois direitos referentes à transmissão da mesma coisa, a exercer em paridade de condições, mas sim no sentido comum de anterioridade ou primazia, referida a dois direitos diferentes exercendo-se em absoluta disparidade de condições" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 1. Coimbra: Livraria Gonçalves, 1944, p. 45).

direito de preferência, de origem legal ou contratual, na celebração de negócios jurídicos, em geral de alienação. Direito este que se apresenta em favor do preferente, também chamado sujeito ativo, diante da decisão livre do vinculado à preferência, ou sujeito passivo, de celebrar o contrato preferível em certos termos, conforme ajustado com terceiro. A este ajuste – que pode ter origem, dentre outros, (i) em proposta contratual dirigida pelo sujeito passivo ao terceiro, pendente, entretanto, da condição do não exercício do direito pelo preferente, bem como (ii) em proposta dirigida pelo terceiro ao sujeito passivo, desde que constatada, em qualquer caso, de maneira inequívoca, a decisão livre de contratar do sujeito passivo, e a definição dos termos e condições em que será concluído o contrato – se designará "projeto de contrato" ou "contrato projetado".

Conforme mencionado no item 1, *supra*, o direito de preferência que se pretende analisar, então, é justamente aquele previsto em favor do condômino de bem indivisível, do locatário de imóvel urbano residencial ou comercial, do superficiário e do proprietário do solo, no âmbito do direito de superfície, dos coerdeiros, do Município, com relação a certas áreas definidas em lei municipal, etc., e o instituído pelas partes via convenção, o chamado pacto de preferência, de que são espécies, *v.g.*, o pacto de preempção e o pacto de preferência inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas.

No item seguinte, será traçada a estrutura fundamental do direito de preferência, tal como atualmente se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 **Estrutura**

1.3.1 *A preferência é compatível com diversos negócios jurídicos*

O instituto da preferência tem como fim último proporcionar ao sujeito ativo, futura e eventualmente, a celebração de um contrato. A estrutura da relação prelatícia, tal como prevista no sistema jurídico brasileiro, não restringe a aplicação do instituto a negócios jurídicos translativos de propriedade. Significa dizer que, apesar de, em grande parte das vezes, o direito de preferência estar atrelado a um contrato de alienação[20], em especial de compra e venda, é possível instituir preferência na celebração de outros negócios jurídicos, desde que com ela compatíveis.

[20] É esta a razão pela qual, por conveniência, por vezes a relação prelatícia será tratada, ao longo deste trabalho, como se estivesse atrelada a um contrato de alienação, identificando-se o sujeito passivo como "alienante", o terceiro como "potencial adquirente", o objeto do contrato preferível como um bem, móvel ou imóvel, e assim por diante.

Assim, nada impede que as partes, via pacto de prelação, ou até mesmo a lei, estabeleçam relações jurídicas de preferência envolvendo contratos de locação, contratos de arrendamento, contratos de prestação de serviços, dentre outros. Nas palavras de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, "por negócio jurídico pode, por exemplo, estabelecer-se um direito de preferência em relação a um contrato de arrendamento ou aluguer, de edição de uma obra intelectual, de empreitada, de fornecimento, de agência, de cessão de uma posição societária, etc."[21].

Com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de afirmar que "[o] pacto de preempção ou preferência, regulado pelo Código, é instituto peculiar ao contrato de compra e venda. Todavia, isso não exclui a convenção de idênticas estipulações em outros contratos, quando com os mesmos seja compatível"[22]. De maneira semelhante se manifesta a doutrina: "é lícito às partes criar direito de preferência em outras figuras, além da compra e venda. [...] Quanto a outros negócios, como a locação, existem decisões no sentido de que, desde que haja compatibilidade, é algo francamente permitido"[23]. A doutrina, aliás, aponta o equívoco do legislador ao ter reduzido a regulação do direito de preferência convencional ao pacto de preempção[24].

É mesmo comum, em convenções ou regimentos internos de condomínios edilícios, a estipulação de direito de preferência, em favor dos moradores ou dos proprietários das unidades autônomas, na celebração de contratos de locação de vagas de garagem[25]. Esta espécie de pactuação, contudo, tende a ser cada vez mais rara, tendo em vista a recente alteração do Código Civil, que passa a admitir o aluguel de vagas de garagem a terceiros

---

[21] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 193, em nota de rodapé. Em sentido semelhante: NONATO, Orosimbo. "Direito de preferência". In: *Revista dos tribunais*. V. 382. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1967, p. 53.

[22] TJ/SP, 3ª CDPriv., AC 44.808, Rel. Des. Breno Caramuru, j. 03.11.1949, v.m.. Referido por Wilson Bussada. *Código Civil brasileiro interpretado pelos tribunais*. V. 4. T. V. Rio de Janeiro: Liber Juris, [s.d.], pp. 322-323. No mesmo sentido: (i) BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*: contributo para o estudo do artigo 416.º do Código Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 12; e (ii) CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 462.

[23] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 380.

[24] LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 170. Nas palavras do autor: "[o] direito de preferência não diz respeito apenas ao contrato de compra e venda. Pode estar incluído em vários tipos de contratos. O novo Código Civil incidiu no erro objeto da crítica doutrinária. Como matéria comum, melhor estaria na parte geral dos contratos, ao lado dos vícios redibitórios e evicção. [...] Como adverte Pontes de Miranda, há direitos de preferência que não têm como conteúdo a preempção e direitos de preferência que não derivam de negócios jurídicos com vendedores". Isto não significa, contudo, que, diante da omissão legal, o pacto de preempção deva servir de base legal supletiva às demais espécies de pactos de preferência, como será esclarecido no item 5, *infra*, deste Capítulo.

[25] Nesse sentido: (i) TJ/RJ, 2ª CC, AC 0080511-07.2005.8.19.0001 (2007.001.00796), Rel. Des. Elisabete Filizzola, j. 13.06.2007, v.u.; (ii) TJ/RJ, 9ª CC, AC 0097918-02.2000.8.19.0001 (2005.001.14456), Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 22.11.2005, v.u.; e (iii) TJ/RJ, 1ª CC, AC 0014082-13.1995.8.19.0000 (1995.001.03327), Rel. Des. Pedro Américo R. Gonçalves, j. 05.09.1995, v.u..

estranhos ao condomínio apenas se houver autorização expressa na convenção condominial[26].

No que tange ao direito de preferência do arrendatário rural, previsto no Estatuto da Terra, sugere PAULO GUILHERME DE ALMEIDA que a previsão legal abrange não só as hipóteses de alienação do imóvel arrendado, como também a renovação do contrato de arrendamento[27].

De outro lado, certos tipos contratuais, por sua natureza, são incompatíveis com os elementos essenciais do direito de preferência, a exemplo dos contratos gratuitos, como a doação. Nesta hipótese, como inexiste contraprestação do donatário, não há como o preferente equiparar a sua oferta. E a paridade de condições, como será visto no item 3.3, *infra*, neste Capítulo, é inerente ao instituto[28].

1.3.2 *A preferência impõe um limite à liberdade contratual do sujeito passivo*

O direito de preferência, da forma como foi estruturado no ordenamento jurídico brasileiro, pressupõe uma decisão livre de contratar do sujeito passivo. Muito embora as primeiras manifestações da preferência, que remontam ao direito romano, apontassem para uma proibição legal de alienar a terceiros o bem sujeito à prelação, em especial no âmbito da defesa do patrimônio hereditário contra a intromissão de estranhos, as características do instituto foram evoluindo, substituindo-se essa proibição de alienar, obrigação de conteúdo negativo[29], por um dever positivo de conceder preferência na alienação, ou na celebração de outros negócios jurídicos compatíveis com a preferência.

A instituição de uma relação de preferência, legal ou convencional, não atribui ao titular do direito a faculdade de exigir do sujeito passivo a celebração do contrato antes de

---

[26] Artigo 1.331, § 1º, do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 12.607/2012: "[a]s partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio".

[27] "O direito de preferência nos contratos agrários: a atividade agropecuária como característica fundamental". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1987, pp. 118-122. No mesmo sentido: CORRÊA, Luiz Fabiano. "Comistão dos direitos reais e obrigacionais". In: *Revista dos Tribunais*. V. 744. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997, p. 721.

[28] Diversamente pensa António Menezes Cordeiro. Em sua visão, a preferência convencional poderia abranger contratos gratuitos: "parece-nos possível a preferência na doação: *v.g.*, quando A queira doar X deve fazê-lo a B, caso este aceite" (*Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 487, em nota de rodapé).

[29] Não obstante, como será visto no item 6.3, *infra*, ainda hoje parte da doutrina reduz a obrigação de dar preferência a um dever de conteúdo negativo, de não contratar.

este decidir contratar[30]. Deste modo, a restrição à liberdade contratual do sujeito passivo, originada na relação de preferência, abrange apenas a liberdade quanto à escolha do outro contraente. Não se tolhe a sua liberdade de decidir alienar em qualquer momento, isto é, a sua liberdade de contratar.

É somente quando tomada a decisão de contratar que poderá o vinculado à preferência ver-se obrigado a concluir o contrato prioritariamente com o preferente, caso este assim tencione. As peculiaridades dessa decisão livre de contratar do sujeito passivo que, aliada a outros pressupostos, tornam exercitável o direito do preferente, serão objeto de análise do Capítulo II, item 1, *infra*.

A vinculação *sui generis* instituída pela preferência entre sujeito ativo e sujeito passivo, que parece "obrigar sem obrigar"[31] é, aliás, o primeiro traço característico do instituto. É justamente este elemento da relação prelatícia que a distingue de outras figuras, a exemplo da opção[32] e dos contratos preliminares[33], em que já há, desde a constituição do

---

[30] Nas palavras de Mario Neves Baptista, ao tratar do pacto de preempção, "a preempção não importa na obrigação de vender, por parte do proprietário. Ele é livre de vender a coisa ou não, sem que o preemptor o possa obrigar a tal. [...] Por outro lado, não pode o proprietário, que se resolva vender a coisa, compelir o preferente a comprá-la" (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 44).

[31] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 85.

[32] A opção não é tipificada, ao menos expressamente, no Código Civil. É verdade, porém, que alguns autores veem na disciplina da proposta e da aceitação o núcleo conceitual da opção, especialmente no art. 427 do Código Civil, em que é fixado o caráter vinculante da proposta contratual (CHAVES, Antonio. "Opção". In: LIMONGI, França R. (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 56. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 105-106). As diferenças entre o direito de preferência e a opção foram sintetizadas por Pontes de Miranda, conforme se lê: "[n]a espécie da preempção, há o preferente, que compra com preterição dos outros que se oferecem a comprar, ou que poderiam vir a ser oferentes. Não se confunde com o optante, que é titular de direito de opção. [...] Não se trata de direito formativo gerador, que independa de atitude de disposição por parte do outorgante: seria direito à opção, e não à preferência. [...] O direito formativo gerador, nas preferências, só se exerce se há a situação prevista de concorrência, ainda se somente possível, de oferentes ou de aceitantes. No direito de opção, abstrai-se disso: não importa se o outorgante vai alienar, ou contratar, ou não vai; nem se há interessados que deem maior preço, ou ofereçam o mesmo preço em melhores cláusulas" (*Tratado de direito privado*. T. XXXVIII, cit., pp. 508-509). Assim, enquanto, na relação prelatícia, o direito de preferência só se torna eficaz quando o sujeito passivo toma a decisão de celebrar o contrato projetado em certos termos, de acordo com a oferta do terceiro, potencial adquirente, na opção, o outorgante já tomou a decisão de contratar, e se sujeita ao exercício do direito potestativo por parte do outorgado. Além disso, no direito de preferência há sempre um concurso de interessados, pois a presença da oferta de um terceiro é fundamental. Já na opção, "não há a preterição de um terceiro [...], não havendo necessidade de oferta de outrem para que se exerça o direito" (ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*.2001. [?f]. Dissertação (Mestrado em direito comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.p. 9-10). Para aprofundar as distinções entre opção e preferência, cfr. Fábio Konder Comparato. "Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário". In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 229. Para detalhes sobre a natureza jurídica da opção, cfr. Felipe Campana Padin Iglesias. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., especialmente a partir da p. 74.

[33] Também comumente denominados pré-contratos e, especificamente no âmbito da compra e venda, compromisso ou promessa (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 98). Como recorda Pontes de Miranda, o direito de preferência não integra a categoria dos pré-contratos (*Tratado de direito privado*. T. XXXVIII, cit., p. 511). Não obstante, como será detalhado no item 6.2, *infra*, deste Capítulo, parte da doutrina atribui ao pacto de preferência, que tem por objeto a eventual e futura celebração de contrato de compra e venda, a natureza jurídica de promessa de compra e venda sujeita a dupla

negócio, dever de contratar, ainda que eventualmente pendente de eficácia.

Esta liberdade assegurada ao sujeito passivo, de poder nunca vir a contratar com o preferente, e a consequente incerteza e eventualidade do exercício do direito deste, caracterizam a estrutura da relação prelatícia, sendo elemento do tipo legal ou negocial da preferência.

1.3.3 *A preferência deve ser exercida em paridade de condições*

O direito de preferência consubstancia uma prioridade de contratar atribuída ao preferente em concurso com outra pessoa interessada nesta contratação. O exercício da preferência demanda, assim, que esteja disposto o preferente a contratar com o sujeito passivo segundo os mesmos termos e condições ajustados entre este último e o terceiro. É a chamada paridade de condições, ou "tanto por tanto" do direito de preferência, prevista na parte final do *caput* do artigo 513 do Código Civil, no *caput* do artigo 504 do mesmo diploma legal, no *caput* do artigo 27 da Lei de Locações, dentre outros dispositivos[34].

O exercício da preferência em paridade de condições, inerente ao instituto, traz

---

condição suspensiva, "por meio da qual as partes se obrigariam à futura celebração de contrato de compra e venda desde que haja a intenção de vontade de vender do outorgante e manifestação de vontade do outorgado" (ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 10). As duas condições suspensivas a que o pacto de preferência estaria sujeito seriam, assim, a intenção de alienar do sujeito passivo, e a declaração positiva do preferente. A despeito deste tipo de entendimento, diversamente do que ocorre no compromisso de compra e venda, assim como nos contratos preliminares bilaterais em geral, em que as partes obrigam-se a, no futuro, celebrar o contrato definitivo, o sujeito passivo da preferência não tem a obrigação de alienar, mas sim a obrigação de, se decidir alienar, conferir preferência ao sujeito ativo, nas mesmas condições em que celebraria o negócio com o terceiro. O preferente, por sua vez, também não tem a obrigação de adquirir o bem, como ocorre com o promissário comprador, mas sim um direito de fazê-lo, se quiser. Ao diferenciar a promessa de contratar (em Portugal, "contrato-promessa") do pacto de preferência, explica António Menezes Cordeiro que, apesar de o pacto de preferência surgir como contrato preparatório, que visa à conclusão, ainda que eventual e futura, de outro contrato, ele não se confunde com o contrato-promessa: "no contrato-promessa, há uma estrita definição prévia do contrato a celebrar, o que não sucede na preferência. Os regimes são, assim, claramente distintos" (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 532). No mesmo sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 444. Para aprofundamento das diferenças entre o pacto de preferência e o contrato preliminar, em especial a promessa de compra e venda, cfr. Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior. "O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 14. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003, pp. 19-51.

[34] Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto: "[o] exercício da preferência depende da assunção do pagamento do valor 'tanto por tanto'" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 133). No mesmo sentido: (i) AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato", cit., p. 249; e (ii) ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Do direito das obrigações". In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 801. Em jurisprudência: "o direito de preferência pressupõe manifestação de interesse de terceiro na aquisição do bem de que se trata" (TJ/RJ, 16ª CC, AC 2003.001.01628, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 17.06.2003, v.u.).

implicações práticas importantes. Uma delas está atrelada à situação em que, visando a obter vantagens tributárias, sujeito passivo e terceiro celebram, em violação à preferência, contrato de compra e venda em que o preço declarado é inferior à real prestação devida pelo adquirente. Neste caso, é legítimo indagar se o sujeito ativo, preterido em seu direito, poderá executá-lo especificamente, ou pleitear perdas e danos, conforme o caso, tomando por base o valor real do negócio, superior, ou o valor declarado, inferior.

Para responder a esta questão, doutrina e jurisprudência valem-se, de um lado, da paridade de condições, inerente ao instituto da preferência e, de outro, invocam a tutela da confiança. No tocante à paridade de condições, se a estipulação da preferência tem por objetivo facultar ao titular do direito a contratação prioritária com o sujeito passivo, e não lhe garantir vantagens adicionais, não há como legitimar o seu direito tomando por base o valor simulado da compra e venda. Nesse sentido, em precedente que versava sobre o direito de preferência do arrendatário rural, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que o depósito efetuado pelo arrendatário fora insuficiente, por não equivaler ao valor efetivamente despendido com a aquisição do imóvel, mas sim ao valor declarado para fins fiscais:

> "O depósito efetuado [pelo arrendatário rural, preferente] não correspondeu ao valor efetivamente pago na compra da área, o qual foi registrado por valor inferior, como os próprios réus admitiram. Com efeito, asseverou o juízo que é notório que o valor depositado pelo Apelante, bem como o constante da escritura de compra e venda, é irrisório comparado ao real valor das terras na região. Assim, a conduta do Apelante, consistente na tentativa de adquirir a propriedade das terras por preço muito inferior ao que valem, bem como a conduta dos Apelados, em registrar em cartório a venda por preço inferior ao que foi efetivamente pago, são reprováveis, sendo a última inclusive um ilícito praticado contra o fisco, mas que não é objeto dos autos. Ante o exposto, nego provimento à Apelação"[35].

À mesma conclusão chega ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com alicerce na tutela da confiança, que por sua vez encontra fundamento na cláusula geral de boa-fé objetiva. Explica o autor que, em regra, a simulação é inoponível a terceiros de boa-fé. Não obstante, no caso específico da relação prelatícia, essa inoponibilidade deveria ser afastada pelo fato de os preferentes não poderem invocar boa-fé para exercer seu direito por preço inferior ao real. Isto porque este tipo de conduta, além de acarretar um enriquecimento estranho ao espírito da lei, não seria protegido pela tutela da confiança. Nas palavras do autor, "a tutela da confiança só

[35] TJ/SP, 33ª CDPriv., AC 9052760-94.2005.8.26.0000 (992.05.083310-2; 1006763/4-00), Rel. Des. Luiz Eurico, j. 29.03.2010, v.u..

se justifica quando haja um investimento de confiança, isto é, quando o confiante adira à aparência e, nessa base, erga um edifício jurídico e social que não possa ser ignorado sem dano injusto". E "o preferente, por valor simulado inferior ao real, não fez qualquer investimento de confiança. A sua posição não pode invocar a tutela dispensada, à aparência, pela boa-fé"[36].

Outra implicação relevante, que tem relação com a paridade de condições inerente ao instituto da preferência, é que, tendo o sujeito passivo oferecido preferência ao titular do direito e este optado por não exercê-lo, se, eventualmente, o negócio projetado não vier a ser concluído nos exatos termos informados ao preferente, mas sim em condições mais favoráveis à situação do titular da prelação, a comunicação deverá ser renovada. Afinal, o fato de o preferente não ter aceitado celebrar o contrato em determinadas circunstâncias não significa que ele não poderia querer concluí-lo em condições mais benéficas[37].

Com relação aos pactos de preferência, bem como às convenções modificativas de direitos legais de preferência, criados enquanto expressão da autonomia privada das partes, não é de todo incomum encontrar previsões no sentido de que o exercício da prelação deverá ser realizado por um preço previamente fixado no instrumento contratual, ou em condições mais favoráveis do que aquelas oferecidas pelo terceiro (*v.g.*, o preferente teria direito a celebrar o contrato preferível mediante o pagamento de um preço dez por cento menor do que o oferecido pelo terceiro).

Embora pactuações nesse sentido possam ser válidas, elas não podem ser consideradas verdadeiros pactos de preferência, pois além da presença de um concurso de interessados, a paridade de condições é elemento essencial da relação prelatícia, e estipulações que afastem essa característica alteram a estrutura do instituto[38]. Como explica CARLOS EDISON DO RÊGO

---

[36] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 526. Para Manuel Augusto Domingues de Andrade, à luz dessa problemática, só deveriam ser considerados terceiros de boa-fé aqueles prejudicados com a invalidação do negócio jurídico simulado, e não aqueles que apenas lucrariam com ele. Nesta segunda categoria estariam inseridos os preferentes (*Teoria geral da relação jurídica*. V. 2. Coimbra: Almedina, 1972, p. 207). Para Luís A. Carvalho Fernandes, o objetivo da lei jamais teria sido o de facultar o enriquecimento do preferente, daí a impossibilidade de exercício do direito de prelação tomando por base o valor simulado, inferior ao real (*Simulação e tutela de terceiros*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988, p. 456 e ss.).

[37] Diversamente já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "diante da renúncia ao direito de preferência, o locador [sujeito passivo] pode alienar livremente o bem a quem quer que seja e pelas condições que lhe convier" (TJ/RJ, 5ª CC, AC 0010630-42.2002.8.19.0002 (2005.001.23462), Rel. Des. Antonio Cesar Siqueira, j. 27.09.2005, v.u.).

[38] Não obstante, para Mario Neves Baptista "não descaracteriza, contudo, o pacto de preempção, a circunstância de ajustar-se essa mesma preferência em condições diversas das que se possam concluir ulteriormente com o terceiro interessado. [...] Seja pelo preço igual ao de terceiro, seja por preço diferente, o direito adquirido pelo contratante em virtude do pacto de preempção é sempre um direito de precedência, um direito à compra preferente, diante de qualquer outro adquirente" (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., pp. 59-61).

MONTEIRO FILHO, "a qualificação dos negócios jurídicos no direito civil realiza-se, sob o prisma estrutural, por meio da análise de seus elementos essenciais, e sob a inspiração funcional, pela compreensão da síntese dos seus efeitos essenciais"[39].

1.3.4. *Tempo de vigência*

Os direitos legais de preferência, a princípio, subsistirão enquanto permanecer vigente a situação jurídica à qual a lei associa a relação prelatícia. Assim, *v.g.*, o direito do condômino de bem indivisível persistirá enquanto houver condomínio; a preferência do locatário vigorará enquanto prevalecer a locação[40], e assim por diante.

Há, por outro lado, certos direitos de preferência a que a lei confere um prazo de vigência. É o caso da prelação atribuída aos Municípios pelo Estatuto da Cidade. Nos termos do artigo 25 deste diploma legal, a lei municipal, ao delimitar as áreas em que incidirá a preferência, deverá fixar o seu prazo de vigência, que não poderá ser superior a cinco anos. Admite-se, contudo, a sua renovação, a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência[41].

É o caso, ainda, do pacto de preempção. A despeito de se tratar de direito convencional de preferência, o Código Civil fixa-lhe prazo de vigência, em seu artigo 513, parágrafo único.

---

[39] "Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 46. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2011, p. 202.

[40] Na metade da década de 1980, José Manuel de Arruda Alvim Neto analisou interessante situação envolvendo direito de preferência de locatários de imóveis comerciais urbanos. No caso, a locadora, proprietária de uma série de imóveis comerciais, extinguiu diversos contratos de locação para demolir as edificações, e construir no mesmo local edifícios mais modernos. Diante desta situação, entendiam os antigos locatários que seriam titulares de direito de preferência na relocação dos novos edifícios. Não obstante, entendeu o autor que, dado o caráter excepcional da preferência legal, não haveria direito de prelação neste caso, por ausência de previsão legal expressa nesse sentido: "[e]m face da inexistência de direito de preferência por parte dos antigos locatários, com relação à locação do imóvel que veio a ser reconstruído após a demolição, tem o locador plena liberdade de relocar o novo prédio" ("Locação comercial – retomada para construção que valoriza o imóvel – possibilidade – fundo de comércio – indenização não devida – direito de preferência – inexistência". In: *Revista de processo*. V. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1986, p. 206). Em sentido semelhante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Locação. Renovatória. Retomada para construção mais útil. Pode o locador opor-se à renovação, pretendendo retomar o imóvel para construção mais útil. [...] Direito de preferência do locatário. Inexistência. Não tem o locatário direito de preferência para locar espaços na construção nova" (STJ, 3ª T., REsp 1.925, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 13.03.1990, v.u., DJ 09.04.1990, p. 2.742).

[41] "Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. § 1° Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. § 2° O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do § 1°, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel".

Assim, "[o] prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel". A redação deste parágrafo dá margem a confusões, pois uma primeira leitura poderia levar a uma interpretação no sentido de que se trata de prazos decadenciais dentro dos quais, após a comunicação para preferir, o sujeito ativo poderia exercer o seu direito. Não obstante, uma leitura sistemática do capítulo destinado ao pacto de preempção demonstra que estes prazos decadenciais são de três dias para bens móveis, e sessenta dias para imóveis (cf. artigo 516 do Código Civil), de modo que o parágrafo único do artigo 513 contém, em si, prazos de vigência do direito.

Com relação aos pactos de preferência, excluído o de preempção, por se tratarem de negócios jurídicos que encontram origem na autonomia privada das partes, o prazo de vigência do direito de prelação será o por elas fixado. Diante da ausência de fixação expressa de prazo durante o qual vigorará a preferência, será preciso interpretar o acordo, para verificar se as partes pretenderam, ou não, fixar um termo final, ainda que tacitamente.

Na eventualidade de as partes não terem fixado prazo de vigência do direito de prelação, e de não ser possível extrair, dos termos do pacto, a intenção das partes em fixar, ainda que tacitamente, este prazo, coloca-se a dúvida de saber se esse pacto deverá ser tratado como um contrato por prazo indeterminado, ou se deverá haver a fixação de um prazo e, nesse caso, qual será esse prazo.

Apesar de a preferência convencional ser um acordo *sui generis*, em que a vinculação efetiva do sujeito passivo está, em larga medida, dependente de sua própria vontade, é fato que ela estabelece uma limitação à liberdade contratual do sujeito passivo, de modo que não pode ser admitida a pactuação perpétua, ainda que esta tenha sido a intenção das partes[42]. O direito brasileiro, como é sabido, inadmite contratos perpétuos, sendo esta, aliás, uma das razões pelas quais as avenças concluídas por prazo indeterminado admitem denúncia independente de motivação[43].

Entretanto, no caso específico do pacto de preferência, entender que as partes pretenderam avençar a prelação por prazo indeterminado, restando assegurada, assim, a

[42] "Esse direito [de preferência], qualquer que seja a denominação auferida, constitui uma restrição aos poderes de disposição do proprietário sobre a coisa objeto de sua propriedade, na medida em que deve, antes de aliená-la, oferecê-la em igualdade de condições a uma pessoa determinada e designada por um contrato ou pela lei" (GÓMEZ, J. Miguel Lobato. "Direito de preempção e política urbana". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2004, p. 24).

[43] "Tendo em vista o princípio da liberdade de contratar e da não perpetuidade das relações contratuais, o contrato celebrado por tempo indeterminado não pode vincular eternamente as partes, que, por conseguinte, têm a prerrogativa de extingui-lo a qualquer tempo, mediante denúncia" (MARQUES, Evy Cynthia. "Fundamentos jurídicos do direito de retirada". In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 120-121).

faculdade da denúncia desmotivada do acordo, além de ferir a boa-fé, que deve pautar a interpretação dos negócios jurídicos[44], esvazia o instituto da preferência, na medida em que bastaria ao sujeito passivo, para afastar o direito do preferente, denunciar o acordo quando decidisse celebrar o contrato preferível.

Diante desta característica peculiar, parece mais razoável, então, em princípio, tendo em vista a ausência de previsão contratual de prazo de vigência da prelação, facultar à parte interessada a possibilidade de exigir a fixação judicial do termo[45], numa espécie de integração do contrato[46]. Resta saber quais serão os parâmetros concretos que, à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva, deverá o juiz observar[47].

1.4 **Funções**

Rememorando os ensinamentos de NORBERTO BOBBIO, em estreita consonância com a

---

[44] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3. 11. ed. Atualizado por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 52. Nesse sentido o teor do artigo 113 do Código Civil.

[45] Ao tratar da opção de compra ou venda sem estipulação de prazo, em lição aplicável à relação prelatícia, Felipe Campana Padin Iglesias explica, seguindo autores de doutrina estrangeira e nacional, que "à falta de determinação de prazo, cabe à parte interessada – geralmente o outorgante que se encontra em situação de sujeição – pleitear no judiciário a determinação do prazo que deverá ser determinado de acordo com as condições específicas de cada negócio. O exame deverá ser casuístico" (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 185).

[46] Cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 416-418. Para António Menezes Cordeiro, "a preferência convencional assume o perfil que seja possível estabelecer através da interpretação e da integração negociais" (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 484). A integração do negócio jurídico é justamente "o processo pelo qual se preenchem as lacunas eventualmente nele existentes. [...] Quando os intérpretes [...] não encontram no negócio jurídico a norma adequada à solução da controvérsia, [...] recorre-se então ao processo de integração, [...] que decorre do fato de as partes não terem previsto todos os efeitos de sua declaração, como ocorre, por exemplo, na hipótese de, ao convencionarem uma compra e venda, acordando sobre objeto e preço, não determinarem o local da entrega da coisa" (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 427). O Código Civil brasileiro não especifica as hipóteses de interpretação integrativa e de integração do negócio. Diversamente, em Portugal, o artigo 239.° do Código Civil lusitano prevê que "na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omisso [...]".

[47] Uma das funções da boa-fé objetiva, como amplamente reconhecido pela doutrina brasileira, é figurar como cânon interpretativo-integrativo. Nas palavras de Gustavo Tepedino, a função hermenêutica da boa-fé exige que "a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à honestidade e à lealdade entre as partes. Nesse diapasão, a boa-fé tem como escopo impedir interpretações maliciosas e dirigidas a prejudicar a contraparte" ("Estipulação contratual de opção unilateral de venda: controvérsias envolvendo o direito ao *put*". In: *Temas de direito civil*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 322). Enquanto regra de interpretação e integração, "o recurso ao princípio da boa-fé serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias concretas que o caracterizam" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 18). Isto é, isto é, atua como "mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista do seu escopo econômico-social, seria lícito esperar" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 432).

escola do direito civil-constitucional[48], a análise de um fenômeno jurídico sob um ângulo puramente estrutural não é suficiente para a sua compreensão, devendo ser conferida atenção, também, aos seus aspectos funcionais[49], que dizem respeito à finalidade com vistas à qual o legislador reserva tutela a certo instituto jurídico. De fato, ensina PIETRO PERLINGIERI, em uma de suas obras mais consagradas no Brasil, que "em toda noção jurídica encontra-se uma estrutura e uma função". Enquanto o perfil funcional da relação jurídica atua como uma espécie de regulamento do caso concreto, "a disciplina de opostos centros de interesses relacionados, de maneira que estes tenham uma composição ou harmonização", o perfil estrutural revelará apenas o que é a relação ou o instituto: "estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno do fato. O *como é?* evidencia a estrutura e o *para que serve?* evidencia a função"[50]. Também a relação de preferência pode ser analisada sob seu prisma estrutural ou funcional.

O direito de preferência, como amplamente sublinhado por parte da doutrina italiana, é um instituto polivalente[51], e talvez tenha sido esta a razão que lhe tenha permitido permanecer vivo por tantos séculos. Nas palavras de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES:

> "A polivalência deste instituto, cuja História acompanha praticamente a evolução da sociedade ocidental, lhe permitiu sobreviver à queda do Império Romano, ao fim do feudalismo, à superação do liberalismo e o conduziu no séc. XX a uma difusão sem precedentes, sendo que (e isto é o mais

[48] Nas palavras de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Bruno Lewicki, "[v]ale sublinhar algumas premissas essenciais do direito civil constitucional: [...] (iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por essa via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertando o fato – e juntamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação da normativa mais adequada ao caso concreto" ("O Código Civil e o direito civil constitucional". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003, pp. III-IV). No mesmo sentido: KONDER, Carlos Nelson. "Causa do contrato X função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2010, pp. 33-34.

[49] *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 113: "a análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer pelo novo, são particularmente favoráveis". Como afirma Fábio Konder Comparato, "[a] indagação de ordem funcional, como advertira Vivante há meio século, e como reconhece a atual dogmática, constitui a grande orientação metodológica para a compreensão e aperfeiçoamento do sistema jurídico" ("Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário", cit., p. 232). Vale conferir, ainda, a esse respeito, os ensinamentos de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho ("Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje". In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 262-281).

[50] *Perfis de direito civil*: introdução ao direito civil-constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 116 e p. 94. Grifos no original.

[51] Cf. (i) TAMBURRINO, Giuseppe. *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1991, p. 106; e (ii) BONILINI, Giovanni; GIOVATI, Antonio; GUIOTTO, Alberto; MORA, Andrea. *La prelazione volontaria*. Milão: Giuffrè, 1993, p. 9.

> importante) essa sobrevivência foi suportada por fins e interesses próprios de cada época, por vezes marcadamente contraditórios entre si"[52].

Se, num primeiro momento, o instituto da preferência era destinado precipuamente à proteção de certos grupos (*v.g.*, família), ou entendido como privilégio ligado à titularidade de determinados direitos reais, já num segundo momento, em que se começa a valorizar a livre circulação dos bens, essas necessidades de proteção são substancialmente atenuadas, persistindo a preferência apenas quando o instituto fosse adequado para atender a alguma função de relevo, como pôr termo a situações de propriedade repartida. Finalmente, num terceiro momento, com a crise do ideário liberal e as ideologias que o vieram a substituir, as preferências voltam a ser estendidas, dessa vez tendo em vista a proteção de outros interesses e valores distintos à propriedade, a exemplo da proteção da atividade produtiva e do direito à moradia[53].

Atualmente, conforme relata ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, analisando-se diversos ordenamentos jurídicos, é possível verificar certa constante na função socioeconômica atribuída aos direitos de preferência previstos pelo legislador: solucionar conflitos de direitos reais, particularmente de direito de propriedade, extinguindo situações de oneração ou de comunhão deste direito[54]. Nesse sentido, JOSÉ TAVARES, ao justificar a introdução, no ordenamento jurídico português, do direito de preferência do foreiro, no âmbito da enfiteuse, explica que "à ordem pública interessa [...] que as cousas comuns se reúnam em um só"[55]. De modo semelhante, à luz do direito italiano, afirma ROBERTO CARLEO que a preferência é "instrumento de tutela de direito de aquisição em favor de determinadas categorias de sujeitos, em consideração à lógica da propriedade e à unidade do grupo"[56]. À luz do direito brasileiro, igualmente, afirma J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ que "os direitos de aquisição preferencial de cunho legal [...] correspondem com finalidades de interesse social". Trata-se "de facilitar a recomposição do direito de propriedade sobre um bem ou de reunificar as titularidades, divididas entre várias pessoas"[57].

De fato, quando se analisam os preceitos do sistema jurídico brasileiro que atribuem

---

[52] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 77.
[53] Cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 68 e pp. 72-73.
[54] CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 484.
[55] *Os princípios fundamentais do direito civil*. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1922, p. 658. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe.asp?ID=48&Titulo=Biblioteca%20Digital&Area=BibliotecaDigital#>, acesso em 03.11.2011.
[56] *Prelazione legale e interesse dei creditori*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 22. Tradução livre. No original: "strumento di tutela dell'interesse all'acquisto in favore di determinate categorie di soggeti, in considerazione della ragione della proprietà e dell'unità del gruppo".
[57] "Direito de preempção e política urbana", cit., p. 26.

direitos de prelação a certos indivíduos, constata-se que, em boa parte das vezes, o exercício da preferência terá como efeito a extinção de uma situação de comunhão ou de oneração do direito de propriedade. Assim ocorrerá, por exemplo, com o exercício do direito de preferência pelo condômino, ou, no âmbito do direito de superfície, pelo exercício da prelação pelo superficiário ou pelo proprietário do solo.

Nessa linha, em artigo dedicado ao direito de superfície, aduz EDUARDO TAKEMI KATAOKA que o direito de preferência ali previsto tem por função justamente "consolidar o mais breve possível a propriedade em mãos de um só titular". Isto porque, procurando o legislador permitir a circulação dos bens de maneira mais rápida e eficiente possível entre as pessoas, "naturalmente, a constituição de uma superfície acaba significando, na prática, uma menor possibilidade de circulação". Além disso, "a administração do bem, diante da divisão de poderes entre os dois proprietários, fica mais dificultada. Por isso o interesse em extinguir a superfície"[58].

Para além dessa função, como aduz JOSÉ PINTO LOUREIRO[59], é possível identificar uma outra, atrelada a situações em que, embora não haja, a rigor, oneração ou comunhão da propriedade, a concessão da preferência tenha por efeito um melhor desempenho de sua função social, evitando-se litígios e desavenças. Incluem-se nesta categoria (i) o direito de preferência atribuído ao locatário de imóvel residencial urbano, tendo em vista o direito à moradia e a estabilidade da habitação[60], (ii) o concedido ao locatário de imóvel comercial urbano, tendo em vista o favorecimento da atividade empresarial, e (iii) o atribuído ao arrendatário rural, tendo em vista o valor produtivo da propriedade.

Nesse sentido, aliás, as assertivas de J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ:

> "Em todos os casos mencionados, o reconhecimento desse direito de preferência se corresponde aos interesses privados que apresentam uma especial consideração social, ou também uma valoração negativa por parte da ordem jurídica sobre a forma de exploração da terra ou do imóvel, que,

[58] "Contornos dogmáticos do direito de superfície no Brasil". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 604-605.

[59] *Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., pp. 6-7. Nas palavras do autor, o direito de preferência "visa tornar, tanto quanto possível: 1º singular a propriedade comum [...]; 2º perfeita a propriedade imperfeita [...]; livre a propriedade onerada [...]; e 4º livre, ainda, não já propriamente de ónus no sentido técnico-jurídico, mas de situações embaraçosas, desvalorizadoras das coisas e geradoras de demandas, como as resultantes de arrendamentos. [...] Com isso, não só a propriedade produzirá melhor e mais completamente desempenhará a função social que lhe compete, mas se evitarão litígios e desavenças".

[60] Cf. FEDERIGHI, Wanderley José. "Direito de preferência e locação". In: *Revista de direito privado*. V. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2001, p. 142: "encontra-se o fundamento do referido direito [de preferência do locatário] na necessidade existente na sociedade moderna de dar-se moradia à população, facilitando-se o quanto possível a aquisição da mesma".

> embora não esteja expressamente proibido, considera-se socialmente antieconômico. Em consequência, o ordenamento jurídico reage permitindo que os interessados possam, sem necessidade de buscar convênios entre eles, chegar a uma situação de domínio exclusivo e não compartilhado. No caso dos alugueis urbanos esse interesse social, ou melhor, supraindividual, está constituído pela necessidade de proteger os arrendatários como usuários da moradia alugada e não agravar o déficit residencial. No caso dos arrendamentos rústicos o interesse social radica em facilitar que a terra cumpra sua função econômica e social, quer dizer, que esteja em mãos do homem que a trabalha. [...] O reconhecimento da titularidade individual desses direitos de aquisição preferencial aos arrendatários rústicos e urbanos é um meio indireto a mais para obter metas de política jurídica que o legislador encontra dignas de tutela, como o direito à moradia recém-consagrado como direito social pela Constituição Federal do Brasil, ou a função social da propriedade"[61].

Há, ainda, direitos de preferência que, ao lado da função de impedir um fracionamento excessivo da propriedade, funcionam como meio de defesa face à introdução de estranhos, a exemplo da preferência atribuída aos condôminos de bem indivisível. Enquanto, para AGOSTINHO ALVIM, a principal função da preferência atribuída aos condôminos seria facilitar a extinção do condomínio – "no caso do condômino, a razão da preferência reside no fato de ser o condomínio fonte de rixas. Por isso, a lei prefere a propriedade perfeita à imperfeita. Daí a preferência do consorte, para evitar que o condomínio se prolongue"[62] –, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO ressalta esse escopo de impedir o ingresso de terceiros: "[a] função econômico-social do direito de preferência entre condôminos é bastante clara". Esta função seria justamente "permitir a alienação da parte ideal e, ao mesmo tempo, favorecer a estabilidade da propriedade em comum, impedindo, se possível, que terceiro, estranho, venha a alterar o estado de convivência entre os condôminos"[63].

No tocante ao direito de preferência atribuído aos coerdeiros, ao lado da função de dificultar o fracionamento da propriedade, é possível verificar, também, resquícios de uma das primórdias funções do direito de preferência, de manter o patrimônio na titularidade de uma mesma família.

Não se pode deixar de mencionar, finalmente, que na esteira da intervenção do Estado no tráfico jurídico-econômico privado, por vezes a concessão de direitos de preferência legais

---

[61] "Direito de preempção e política urbana", cit., pp. 25-26.

[62] "Imóvel locado: preferência do locatário para sua aquisição". In: *Revista dos Tribunais*. V. 324. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1962, p. 10.

[63] "Herdeiro *ex re certa*. Direito de preferência entre condôminos. Abuso de direito e fraude à lei (parecer)". In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 556. No mesmo sentido: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 82. Por entender que a função da preferência, no caso do condomínio, seria impedir "que entre na comunhão quem não lhes agrade [aos condôminos]", ele exclui da incidência do artigo 504 a alienação de fração ideal realizada de um condômino a outro.

terá objetivos bem casuísticos, inclusive políticos, a exemplo da prelação atribuída pelo Estatuto da Cidade aos Municípios, nas situações ali previstas[64]. Como, neste caso, a atribuição do direito de preferência encontra origem em razões de direito administrativo e urbanístico, trata-se de uma preferência bastante peculiar, com características e contornos próprios, que fogem à regra geral[65].

Este direito de preferência atribuído aos Municípios, como explica J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ, está em linha com "a mudança experimentada no conceito e no regime do direito de propriedade", em conformidade ao princípio da função social. Em suas palavras, uma das técnicas jurídicas "através das quais se manifesta a atuação legislativa do Estado sobre o direito de propriedade para atuar sua função social [...] é o estabelecimento de mecanismos jurídicos que permitem o acesso dos Poderes Públicos à titularidade de alguns bens sem apelar à expropriação". Uma dessas técnicas é justamente "o reconhecimento de direitos de preferência aquisitiva em favor de diversos entes públicos"[66].

Vê-se, assim, que a preferência é um instituto que pode abarcar motivações e interesses diversos e até contraditórios entre si. O legislador, ao conceber relações de preferência, visa a alcançar finalidades distintas, de modo que cada direito de preferência poderá ter uma função própria. Por outras palavras, mediante o direito de prelação, é possível realizar uma pluralidade de funções, sem que isto ponha em xeque a sua arquitetura fundamental[67].

Também no tocante aos pactos de preferência, que em grande parte das vezes encontram origem em uma relação jurídica obrigacional, é preciso atentar, sob a perspectiva funcional, para a sua finalidade econômica e social, dando rumo, assim, à autonomia privada das partes. Como explicam GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER ao tratar da concepção dinâmica das obrigações, sob a perspectiva funcional, a relação obrigacional deve ser encarada "como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social, [...] razão e justificativa da relação

---

[64] Como relata Otavio Luiz Rodrigues Junior, existem "fundamentos de ordem política para a criação da preferência legal. [...] Esta preocupação de ordem política é o suporte das leis especiais do inquilinato e do Estatuto da Cidade" ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 379). O autor lembra, ainda, que no pós-segunda guerra mundial, as administrações americana, britânica e francesa da Zona de Ocupação da Alemanha Ocidental "baixaram normas instituidoras do direito de preferência nos *Länder*, como forma de estímulo à colonização ou à atividade de reconstrução das cidades destruídas no conflito de 1939-1945".

[65] A respeito do direito de preferência inserido no Estatuto da Cidade, vale conferir: GASPARINI, Diógenes. "Direito de preferência: instrumento urbanístico municipal". In: *Direito ambiental e urbanístico*: caderno imobiliário. V. 7. Porto Alegre: Magister, ago./set. 2006, pp. 5-36.

[66] "Direito de preempção e política urbana", cit., p. 27.

[67] BONILINI, Giovanni; GIOVATI, Antonio; GUIOTTO, Alberto; MORA, Andrea. *La prelazione volontaria*, cit., p. 9.

obrigacional. Por este motivo, exige-se que as partes atuem em conformidade com a boa-fé objetiva"[68].

Identificar a função do pacto de preferência, instituto construído sob o prisma de proporcionar maior utilidade para o titular do direito, não é tarefa simples, sendo, pelo contrário, tema complexo que exige profunda reflexão, o que fugiria ao escopo do presente trabalho, tendo em vista, dentre outros fatores, a multiplicidade de pactos de preferência presentes do ordenamento. Para além do pacto de preempção, vislumbram-se pactos de preferência inseridos em acordos de acionistas, em contratos de trabalho celebrados entre clubes e jogadores de futebol[69], em contratos que garantem a certa emissora de televisão a exclusividade na transmissão de eventos esportivos, dentre inúmeros outros exemplos.

Se não é possível definir de forma simples, à falta de previsão explícita do legislador, a função dos pactos de preferência, parece possível afirmar, ao menos, que a função da preferência convencional deverá ser identificada pelo intérprete a partir da análise do negócio celebrado pelas partes à luz dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Por fim, não obstante a dificuldade em estabelecer a função dos pactos de preferência, cabe mencionar que a doutrina visualiza uma característica comum em todos eles: o pacto de preferência sempre tem em mira a eventual celebração de um contrato futuro, sendo, assim, preparatório deste futuro contrato, que goza de autonomia jurídica. Dito de outro modo, o pacto de preferência tem por objeto a celebração, eventual e futura, de um outro contrato, ligado funcionalmente ao pacto de preferência, embora sem relação de subordinação[70].

---

[68] "Direito das obrigações". In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. V. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17. A boa-fé objetiva, ao definir os novos contornos do princípio da autonomia privada, funciona como verdadeiro "elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais" (TEPEDINO, Gustavo. "A técnica da representação e os novos princípios contratuais". In: *Temas de direito civil*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 135).

[69] Nesse caso, "[d]o contrato de trabalho desportivo [...] consta uma cláusula nos termos da qual, no final do respectivo prazo, [...] certo clube tem direito, em igualdade de condições, de primazia na contratação de determinado praticante sobre qualquer outro clube" (BAPTISTA, Albino Mendes. "Breves notas sobre o pacto de preferência na relação laboral desportiva". In: *Revista brasileira do direito desportivo*. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006, p. 174). A dificuldade, aqui, é como determinar se será possível respeitar a paridade de condições inerente ao direito de preferência, já que, em uma relação laboral, não se oferece ao empregado apenas a remuneração, mas uma série de outras condições, como o local de trabalho, a carga horária, etc..

[70] Nesse sentido, dentre outros: (i) CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 485: "a preferência convencional é chamada a desempenhar, fundamentalmente, dois papeis: o de contrato preparatório e o de cláusula de recuperação em pactos de alienação". Acrescenta o autor, em outra obra, que nada impede que seja acordada uma retribuição pela preferência (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 480); (ii) LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*: introdução, da constituição das obrigações. V. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 235: "o pacto de preferência constitui, à semelhança do contrato-promessa, um contrato preliminar de outro contrato"; (iii) DUTILLEUL, François Collart. *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*. Paris: Sirey, 1988, p. 170; (iv) PÉREZ, José Luis Navarro. *La compraventa civil*. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 118; e (v) GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 271.

1.5 **Interpretação**

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação geral a respeito do direito de preferência, legal ou contratual. Nem mesmo o artigo 513 e seguintes do Código Civil, ao tratarem do pacto de preempção, traduzem normas genéricas, aplicáveis aos demais direitos de prelação[71], a despeito do que entende parte da doutrina[72]. Desta forma, para além dos princípios e cláusulas gerais – constitucionais e infraconstitucionais – que permeiam o ordenamento, e devem servir de norte ao hermeneuta, a interpretação dos direitos de preferência, legais ou convencionais, deverá ser extraída dos preceitos que regulam, casuisticamente, o instituto, bem como de sua estrutura e funções. A interpretação da relação prelatícia deverá considerar, assim, sua integração no ordenamento jurídico como um todo unitário.

Como mencionado, enquanto a vinculação do sujeito passivo, nas preferências legais, é heterônoma, em se tratando de pactos de preferência, as obrigações a que ele se sujeita são resultado de um ato de autonomia seu. Esta constatação obriga a estabelecer uma diferença fundamental entre a interpretação que deve ser conferida às cláusulas dos pactos de preferência e às normas legais que atribuem e regulam direitos de prelação.

Apesar de a instituição de uma relação legal de preferência não atribuir ao titular do direito a faculdade de exigir do sujeito passivo a celebração do contrato antes de este decidir contratar em certos termos, conforme projeto de contrato ajustado com terceiro, não há dúvidas de que as preferências legais restringem a liberdade contratual do sujeito passivo, ao menos no tocante à sua liberdade quanto à escolha do outro contraente. Por esta razão, a relação de preferência instituída em lei deve ser interpretada, se não restritivamente, ao menos com bastante cautela, tendo em vista se tratar de normas que, excepcionalmente, limitam a

---

[71] Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, "a disciplina do direito de preempção abrigada nos arts. 513 a 520 do Código Civil não se aplica às hipóteses em geral de preferência, mas unicamente à titulada pelo vendedor da coisa, e exercitável na revenda desta pelo comprador, em razão de cláusula expressa no contrato de compra e venda" (*Curso de direito civil*. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 158). No mesmo sentido, ao diferenciar a preferência do locatário do pacto de preempção: SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 211.

[72] "Naquilo que a lei de locações for omissa, aplicam-se os princípios tradicionais da preempção, no que couber, tal como secularmente aplicados à compra e venda" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada*: doutrina e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 145). No mesmo sentido: FEDERIGHI, Wanderley José. "Direito de preferência e locação", cit., p. 140. Para Otavio Luiz Rodrigues Junior, os pactos de preferência atípicos poderiam ser regulados supletivamente pelas regras do pacto de preempção ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 380). Para Mario Neves Baptista, por fim, "é indiscutível que, possuindo os Código Civil e de Processo [Código de Processo Civil de 1939], como efetivamente possuem, dispositivos referentes ao pacto de preempção, reguladores das suas condições e efeitos, muito embora quando adjecto ao contrato de compra e venda, a esses dispositivos ter-se-á forçosamente de recorrer em todos os casos em que o mesmo pacto de preempção é adjecto a outros contratos" (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 37).

liberdade contratual[73].

Diversamente, em se tratando de pactos de preferência, o intérprete deverá averiguar a vontade das partes ao estabelecerem o direito homônimo, para delimitar a sua abrangência. Deverá o intérprete, em seu trabalho hermenêutico, atentar para a boa-fé e os usos do local da celebração do pacto, que devem pautar a interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113 do Código Civil), bem como para a intenção consubstanciada nas declarações de vontade das partes (artigo 112 do Código Civil). Em se tratando de pactos de preferência, então, "a atitude do intérprete está comprometida [...] com o objectivo de determinar quais os direitos e obrigações que as partes quiseram efectivamente constituir, e qual o respectivo conteúdo"[74].

Assim, enquanto, no caso das preferências legais, o hermeneuta deverá presumir, ao menos em princípio, que a letra da lei reflete o equilíbrio dos interesses que o legislador entendeu adequado para a relação jurídica prelatícia – o que significa dizer que não devem ser presumidos deveres adicionais a cargo do sujeito passivo, mas sim que se deve impor a ele o mínimo sacrifício necessário ao atendimento dos objetivos prosseguidos pela norma –, o trabalho do hermeneuta, nas preferências convencionais, será buscar, à luz da cláusula geral de boa-fé objetiva, o alcance do direito pretendido pelas partes ao pactuá-lo, abrindo-se maiores caminhos para a interpretação analógica. Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, enquanto "a preferência convencional prossegue o escopo eleito pelas partes, a preferência legal alinha-se pela teleologia própria das normas que a estabeleçam"[75]. Vale conferir, nesse sentido, a lição de PONTES DE MIRANDA:

> "Direitos de preferência resultantes de contrato, ou de declaração unilateral de vontade, ou de estatutos, são negociais, e a interpretação das proposições que os enunciam pertence à interpretação dos negócios jurídicos, a cujas regras [...] se submetem. O método e a técnica são o de exploração do querer que se manifestou insuficientemente, ou sem a claridade necessária. Tenta-se explicitá-lo. [...] Quando o direito de preferência provém de texto legal, seria erro recorrer-se a quaisquer regras de interpretação dos negócios jurídicos, do querer. O que se procura [...] é o ditame da lei, o seu valor em extensão e a sua abrangência conceptual"[76].

---

[73] Cf. STF, 1ª T., AI 101.457, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 07.06.1985, v.u., DJ 02.08.1985, p. 12.051. Em sentido semelhante: BAPTISTA, Mario Neves. *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 72. Isto não quer dizer que não deve haver margem para certas analogias, mas sim que a interpretação analógica deve ser bastante limitada.

[74] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 106.

[75] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 484.

[76] *Tratado de direito privado*. T. XII, cit., p. 81.

1.5.1 *Abrangência*

Consistindo a preferência numa espécie de prioridade na celebração de um contrato com o sujeito passivo, atribuída pela lei ou pela vontade das partes ao titular do respectivo direito, cumpre definir a sua abrangência, isto é, os tipos contratuais sobre os quais, decidindo o sujeito passivo contratar, a preferência deverá incidir.

Com relação aos direitos legais de prelação, os tipos contratuais que se sujeitam à preferência devem estar determinados no próprio preceito legal que institui o direito[77]. Assim, por exemplo, ao regular o direito de preferência do locatário, determina o artigo 27 da Lei de Locações que o direito incidirá em caso de "venda, promessa de venda, cessão, promessa de cessão ou dação em pagamento". O artigo 32 da mesma lei, por sua vez, prevê que a preferência "não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação"[78].

Por outro lado, em se tratando de direito de preferência de origem convencional, os tipos contratuais preferíveis deverão estar previstos na convenção que institui a relação prelatícia, em respeito à autonomia privada dos pactuantes.

Na eventualidade de o sujeito passivo pretender celebrar um tipo contratual que não esteja abarcado pela relação prelatícia, o direito do preferente sequer terá ganhado eficácia no mundo jurídico. Em decorrência da conclusão de contrato não preferível entre o sujeito passivo e terceiro, o direito de preferência estará extinto ou permanecerá vigente, a depender do caso concreto.

Assim, em se tratando de direito de preferência legal, se, mesmo após a conclusão de contrato não preferível, persistir a situação jurídica à qual a legislação associa um direito de preferência, ele não terá sido extinto. Basta pensar na celebração, entre locador e terceiro, de

---

[77] Cf., dentre outros: (i) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte geral: das várias espécies de contratos", cit., p. 172; (ii) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada*, cit., p. 146; e (iii) BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à lei do inquilinato*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119. No âmbito jurisprudencial, cfr. STF, 1ª T., RE 97.285, Rel. Min. Soares Muñoz, j. 06.08.1982, v.u., DJ 27.08.1982, p. 8.181.

[78] Apesar da orientação legal em caso de alienação por decisão judicial, que, dada a ausência de voluntariedade, afasta a preferência do locatário, entende Sérgio Campinho, especificamente no caso de falência do locador, que deve, sim, ser concedida preferência ao locatário, por ocasião do leilão, em concorrência com terceiros interessados na aquisição. O fundamento seria, no caso da locação residencial, a função social da propriedade, aliada ao direito à moradia e, no caso da locação comercial, a função social da empresa ("Regime jurídico do contrato. O contrato de locação na falência. Direito de preferência do locatário do falido. A falência e o princípio da 'venda (não) rompe a locação'". In: *Revista semestral de direito empresarial*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, jan./jun. 2008, pp. 248-251).

um contrato de permuta, a princípio não abrangido pelo direito de preferência do locatário[79]. Caso, entretanto, a relação locatícia mantenha-se vigente, agora entre locatário e terceiro, este último deverá oferecer preferência ao primeiro caso decida concluir um contrato preferível.

De outro lado, em se tratando de pactos de preferência, a celebração de um contrato não preferível entre sujeito passivo e terceiro muito provavelmente terá como consequência a extinção do direito do preferente. Seria o caso do pacto de preempção, instituído em favor do original vendedor de um bem. Se o comprador original, sujeito passivo, vier a celebrar com um terceiro um contrato não preferível, o pacto de preempção não alcançará este último no caso de nova alienação[80].

Diversamente, se o sujeito passivo decide celebrar um dos contratos preferíveis, referindo-se esta decisão a um projeto concreto de contrato ajustado com determinado terceiro, o direito de preferência passa a poder ser exercido por seu titular, que poderá exigir do sujeito passivo a celebração de um contrato objetivamente idêntico ao projetado com o terceiro, como será detalhado no próximo Capítulo[81].

Para além daqueles tipos contratuais previstos na lei ou no pacto que constitui a relação de preferência, é preciso averiguar se haverá situações em que, mesmo sem previsão expressa, o direito de prelação poderá ser exercido por seu titular. Conforme mencionado no item 5, *supra*, dado o caráter excepcional do direito de preferência legal, a expansão do alcance da norma deve ser feita com bastante cautela. Já com relação aos pactos de preferência, por se tratar de manifestação da autonomia privada, a interpretação deverá se coadunar com a intenção das partes ao estipular o negócio.

Como, em grande parte das vezes, o direito de preferência está atrelado à intenção eventual e futura do sujeito passivo em celebrar um contrato de alienação de bens móveis ou imóveis, em geral de compra e venda – exemplo clássico é o direito de prelação atribuído ao

---

[79] Nos termos do artigo 32 da Lei de Locações, "[o] direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, *permuta*, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação" (grifou-se).

[80] Nas palavras de Agostinho Cardoso Guedes, "o direito de preferência convencional [...] esgota-se com a primeira alienação, pois uma vez que o pacto apenas cria direitos e obrigações entre as partes [...], o preferente não pode opor ao novo proprietário o seu direito" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 256). No mesmo sentido: MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 197.

[81] Em algumas situações, o direito do preferente não será exatamente o de celebrar um contrato objetivamente idêntico ao projetado com terceiro. Assim, *v.g.*, em se tratando de intenção de alienação de fração ideal de bem em condomínio, os demais condôminos terão direito de preferência. Na hipótese de mais de um condômino se interessar pela aquisição da fração ideal a ser alienada, sendo iguais os quinhões de cada um dos interessados e não sendo possível definir qual deles tem no bem benfeitorias de maior valor, a fração ideal será alienada a todos os interessados, de modo que nenhum deles poderá adquirir, isoladamente, a fração ideal (cf. artigo 504 do Código Civil).

condômino de bem indivisível[82] –, o primeiro passo, então, é definir a amplitude que deve ser conferida ao termo "venda", previsto na lei ou no pacto de preferência. Por outras palavras, cumpre verificar quais tipos negociais que, muito embora não se enquadrem no conceito técnico-jurídico de uma compra e venda pura e simples, estão também abarcados pela norma legal ou pela cláusula contratual que institui o direito de preferência na venda, ressalvada, no caso da preferência convencional, manifestação expressa das partes em sentido contrário.

Nessa trilha, parece razoável entender que o termo "venda" está a designar não somente os contratos de compra e venda pura e simples, como também todos aqueles contratos assimiláveis à compra e venda sob o ponto de vista econômico, isto é, operações que traduzem genericamente uma alienação de um bem mediante uma contrapartida em dinheiro, direta ou indireta.

Uma das situações que, ao menos sob o ponto de vista econômico, parece equiparável à compra e venda, para efeito de incidência de direito de preferência, é justamente a dação em pagamento, quando esta modalidade especial de pagamento tem por objetivo extinguir um crédito pecuniário pendente em face do sujeito passivo.

Nessa situação, a finalidade do devedor – sujeito passivo – é entregar um bem – no caso, o bem sujeito à preferência – como contrapartida de um valor em dinheiro – o crédito pecuniário. Exercendo o sujeito ativo a preferência, adquirindo o bem que seria dado em pagamento, e entregando ao sujeito passivo o valor equivalente ao crédito pecuniário devido, este último poderá, simplesmente, extinguir sua obrigação de modo ordinário, isto é, mediante pagamento em dinheiro. Por esta razão, em se tratando de dação em pagamento de bem sujeito à prelação que visa a extinguir crédito pecuniário, parece razoável admitir a incidência do direito de preferência. Isto porque a finalidade econômica do negócio pretendido pelo sujeito passivo é claramente a troca de um bem por uma quantia em dinheiro, com a

[82] Por uma interpretação literal do artigo 504 do Código Civil, apenas a intenção de venda da fração ideal deveria ser submetida à preferência dos demais condôminos. Não obstante, em comentário ao referido artigo, há quem amplie a obrigação de dar preferência, para abranger as hipóteses (i) de dação em pagamento (cf. CESAR, Celso Laet de Toledo. *Venda e divisão da coisa comum*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144) e (ii) de promessa de compra e venda (cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* Tomo XXXIX, cit., p. 222; TJ/RJ, 16ª CC, AC 2000.001.04629, Rel. Des. Miguel Ângelo Barros, j. 23.05.2000, v.u.; TJ/MG, 16ª CC, AC 1.0261.05.032670-9/001, Rel. Des. José Amâncio, j. 25.01.2006, v.u.). É possível, ainda, encontrar defensores da extensão do direito de preferência do condômino a casos (i) de permuta (TJ/MG, 2ª CC, AC 1.0000.00.243209-4/000(1), Rel. Des. Nilson Reis, j. 30.04.2002, v.u.) e (ii) de doação (CESAR, Celso Laet de Toledo. *Venda e divisão da coisa comum*: doutrina e jurisprudência, cit., p. 145; TJ/RJ, 1ª CC, AC 2007.001.02153, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 20.03.2007, v.u.). Finalmente, Celso Laet de Toledo Cesar estende a preferência do condômino, ainda, à cessão do uso ou gozo da propriedade comum (Código Civil, artigo 1.314, parágrafo único): "[...] ainda que esse dispositivo legal [artigo 504] se refira, apenas, à venda do quinhão, estampando o direito de preferência do condômino preterido, a realidade é que, também os atos de cessão podem ensejar o exercício desse direito, não se podendo impedir esse condômino de buscar para si, o uso ou o gozo do quinhão cedido a terceiro" (*Venda e divisão da coisa comum*: doutrina e jurisprudência, cit., p. 49).

peculiaridade de que o recebimento do preço aconteceria mediante a extinção de uma dívida.

Aliás, para AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, mesmo quando o legislador prevê expressamente a extensão do direito de preferência à dação em pagamento – é o caso, *v.g.*, do artigo 513 do Código Civil, ao limitar a abrangência do pacto de preempção às hipóteses de venda ou dação em pagamento –, ainda assim só estaria abrangida aí a dação em pagamento que objetiva extinguir crédito pecuniário.

Na visão do autor, em se tratando de crédito de outra natureza, o exercício da preferência não seria viável, pois poderia vir a impossibilitar o devedor, sujeito passivo, de adimplir certa obrigação não pecuniária perante seu credor. Para ilustrar a situação, aventa o seguinte exemplo: determinado terceiro (o credor) aliena ao sujeito passivo da relação prelatícia (o devedor) um terreno para construção, ficando este último obrigado a transmitir ao primeiro um apartamento do edifício que será construído no terreno. Entretanto, o edifício não fica pronto tempestivamente, restando o sujeito passivo inadimplente em sua obrigação de entrega do apartamento. Diante deste cenário, o terceiro credor está disposto a receber, e o sujeito passivo está disposto a entregar, um outro apartamento que possui, para, então, adimplir sua obrigação mediante dação em pagamento. O apartamento que será objeto de dação, entretanto, encontra-se alugado, de modo que, a princípio, haveria direito de preferência do locatário. Não obstante, o direito de preferência não estaria presente neste caso. Isto porque, como a dação em questão tem em vista a substituição da obrigação de entrega de um bem, e não de um crédito pecuniário, o terceiro credor poderia não aceitar uma quantia em dinheiro, mas tão somente o apartamento oferecido pelo sujeito passivo. O exercício da preferência, então, seria claramente prejudicial ao sujeito passivo, que ficaria privado do direito de extinguir uma obrigação sua, mediante dação em pagamento[83].

De maneira semelhante, para SÍLVIO DE SALVO VENOSA, a preferência não se aplica quando a dação em pagamento não estabelece preço. Em suas palavras, a dação "[p]ode consistir na substituição de dinheiro por coisa [...], como também de uma coisa por outra [...], assim como a substituição de uma coisa por uma obrigação de fazer. Se não for necessária fixação de preço na dação, não há como se dar eficácia à cláusula de preferência"[84].

Uma segunda situação que, sob o prisma econômico, também parece equiparável ao conceito de venda, para fins de preferência, é a permuta do bem sujeito à prelação por crédito

[83] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 396-397. Em sentido contrário, entende Paulo Luiz Netto Lôbo que, se prevista a preferência na dação em pagamento, ela poderá ser exercida mesmo se eventualmente vier a impedir o sujeito passivo de adimplir sua obrigação mediante dação em pagamento ("Parte geral: das várias espécies de contratos", cit., p. 172).

[84] *Direito civil*: contratos em espécie. V. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 90.

pecuniário sobre terceiro. Se o sujeito passivo está disposto a receber, em troca do bem que pretende alienar, um crédito detido pelo potencial adquirente em face de terceiro, consubstanciado, por exemplo, em uma nota promissória, não há razões para impedir que o preferente possa exercer seu direito, mediante o pagamento ao sujeito passivo de montante equivalente ao previsto no título de crédito[85].

Esses exemplos, longe de serem exaustivos, servem apenas para demonstrar que, para além da literalidade estrita da norma, se a finalidade econômica do negócio a ser celebrado entre sujeito passivo e terceiro for, ao fim e ao cabo, a mesma de uma compra e venda, isto é, a troca de um bem por um valor em dinheiro, é razoável que incida o direito do preferente.

Há, ainda, outros negócios que, muito embora não sejam assimiláveis ao conceito de compra e venda, podem, também, vir a disparar o direito de preferência. Integram esta categoria (i) os projetos de contrato em que o potencial adquirente do bem tem a seu favor uma obrigação alternativa, podendo adimplir sua prestação em dinheiro, bens, serviços ou direitos, pois neste caso o sujeito passivo alienante claramente terá o seu interesse prosseguido se receber do preferente o pagamento em dinheiro[86]; e (ii) os projetos de contrato em que há previsão de pagamento parte em dinheiro, parte em bens, desde que esta segunda parte seja totalmente acessória.

Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em precedente que versava sobre o direito de preferência do locatário de imóvel comercial. Como a Lei de Locações é clara ao estabelecer, no *caput* de seu artigo 32, que a preferência não abrange o negócio jurídico de permuta, sujeito passivo e terceiro, para afastar o direito do locatário, celebraram um contrato misto, que deveria ser adimplido pelo terceiro parte em dinheiro, parte em bens. A despeito da forma com que o negócio foi estruturado, decidiu o tribunal que, por ser quantitativamente irrelevante, no montante global, a parte devida pelo terceiro adquirente em bens, o negócio deveria ser considerado uma compra e venda, para efeito de incidência do direito de preferência[87].

---

[85] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 391.
[86] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 393.
[87] TJ/RJ, 4ª CC, AC 0062746-18.2008.8.19.0001 (2009.001.32118), Rel. Des. Sidney Hartung, j. 22.10.2009, v.u.: "[c]ontrato de locação comercial. Direito de preferência não respeitado. Contrato celebrado com previsão de pagamento de vultosa quantia em dinheiro, sendo apenas parte mínima do preço permutada por unidades autônomas. Caracterizado o contrato de compra e venda. Sentença de improcedência dos pedidos". A qualificação do negócio jurídico em concreto já foi objeto de análise, em outra seara, por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Naquela oportunidade, concluiu o autor que o contrato de compra e venda celebrado a preço vil (no caso concreto, tratava-se de compra e venda de ações de sociedade anônima com patrimônio líquido superior a quarenta milhões de reais, em que o preço de aquisição foi R$1,00) deveria ser qualificado juridicamente como doação ("Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto", cit., pp. 201-208).

O ordenamento jurídico português previu expressamente a regulação do direito de preferência quando a obrigação do potencial adquirente do bem abrange prestação acessória. Como relata ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, de acordo com artigo 418.° do Código Civil português, quando o sujeito passivo acordar uma prestação acessória, secundária, *v.g.*, "um serviço pessoal não fungível ou a transmissão de uma coisa única", observar-se-á o seguinte, para fins de incidência de direito de preferência: (i) a prestação deve ser compensada pelo preferente em dinheiro; (ii) não sendo avaliável em dinheiro, é excluída a preferência; (iii) a menos que seja lícito presumir que a venda seria efetuada mesmo sem a prestação estipulada; (iv) ou que ela foi convencionada para afastar a preferência[88].

O ponto de confluência das hipóteses *supra* expostas, em que, apesar da ausência de previsão expressa, parece admissível o exercício do direito de preferência, é justamente a manutenção do equilíbrio de interesses do sujeito passivo e do preferente, traço característico da relação prelatícia.

Significa dizer que é razoável dilatar o conceito de venda, previsto em lei ou no pacto que institui a prelação, para sustentar que a preferência poderá ser exercida em toda situação em que o fim perseguido pelo vinculado à preferência não seja prejudicado pelo fato de o contrato que pretendia celebrar vir a ser celebrado com o preferente. Aliás, esta constatação delimita as fronteiras do direito de preferência, ao esclarecer o limite do sacrifício que pode ser imposto ao sujeito passivo em nome dos interesses do preferente. Nas palavras de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, "as fronteiras do direito de preferir são definidas não pela natureza da prestação oferecida pelo terceiro mas pela possibilidade de o preferente se poder substituir a esse terceiro, sem mais sacrifício dos interesses do sujeito passivo que não a liberdade de escolher a contraparte"[89].

Como mencionado, as considerações feitas a respeito da dilação do conceito de venda aplicam-se não só às preferências legais, como também aos pactos de preferência, a não ser que o contrário resulte de manifestação expressa das partes ou da interpretação do instrumento contratual.

Isto porque, no universo dos pactos de preferência, é justamente a interpretação da vontade das partes que definirá as fronteiras do direito de prelação. É possível, então, que o direito de preferência convencional incida sobre diversos outros tipos contratuais, para além daqueles normalmente definidos nos dispositivos que preveem direitos de preferência legais.

Assim, por exemplo, é possível que as partes tenham estabelecido preferência mesmo

[88] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 506.
[89] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 397.

em caso de permuta, desde que, é claro, o preferente possa oferecer ao sujeito passivo um bem análogo ao que seria permutado com terceiro (ações de sociedades anônimas, por exemplo). Já em se tratando de permuta por bem infungível, apesar de não ser possível o exercício clássico do direito pelo preferente, o instrumento contratual poderá admitir o exercício do direito pelo valor equivalente, apesar de, a rigor, neste caso, não se estar diante de um verdadeiro direito de preferência. O mesmo se diga para a hipótese de o instrumento contratual prever a preferência diante da celebração de negócios jurídicos gratuitos.

1.6 **Natureza jurídica**

A discussão em torno da natureza jurídica do direito de preferência ganhou a atenção dos juristas, notadamente estrangeiros, ao longo das últimas décadas[90]. Muitas foram as teorias desenvolvidas e criticadas, não existindo, até hoje, consenso sobre o assunto. Grande parte da dificuldade em se perquirir a natureza jurídica do instituto decorre da indeclinável necessidade de, para tal, se analisar uma vasta gama de outros conceitos da teoria do direito civil (apenas para citar alguns, direitos reais e obrigacionais, direitos subjetivos e potestativos, obrigações positivas e negativas, condição suspensiva, obrigação com eficácia real, etc.). Some-se a isso a ausência de uma regulamentação geral a respeito da relação de preferência, que contribui para a falta de uma definição clara, no ordenamento jurídico pátrio, quanto à natureza jurídica do direito nela consubstanciado.

A definição acerca da natureza jurídica do direito de preferência ultrapassa as margens da teoria, assumindo grande relevo prático. É que a forma pela qual o direito de preferência é qualificado vai definir boa parte do *modus prelationis*, isto é, o modo com que se desenvolve o passo a passo da relação prelatícia, objeto de análise no Capítulo II, bem como os meios de tutela postos à disposição do titular da preferência diante da violação de seu direito, objeto de análise no Capítulo III[91].

Sem a pretensão de estancar definitivamente as controvérsias, os itens a seguir têm como objetivo inicial apresentar, de forma breve, as principais vertentes teóricas que

[90] Dentre os autores brasileiros que se dedicaram ao tema, vale conferir: BAPTISTA, Mario Neves. *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., especialmente a partir da p. 44.

[91] "O estudo da natureza jurídica do direito de preferência, longe de constituir apenas tema para dissertações teóricas, apresenta-se, na destrinça do seu carácter real ou pessoal, túrgido de repercussões práticas, tanto no campo do direito material como do processual" (LOUREIRO, José Pinto. *Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., p. 75).

analisaram a questão da natureza jurídica do direito de prelação, bem como, em seguida, apontar a corrente doutrinária que parece a mais consentânea com as características, os elementos e as funções inerentes ao instituto. Esta definição, pelas razões mencionadas no parágrafo anterior, repercutirá na forma com que a relação de preferência será tratada ao longo de toda a exposição.

Num esforço de sistematização, identificam-se duas grandes divergências no tocante à natureza jurídica da preferência. A primeira tem relação com o caráter de direito real, ou não, do direito atribuído ao preferente por ocasião da instituição de uma relação, legal ou contratual, de preferência, e será examinada no item 6.1, *infra*. Já a segunda controvérsia, grosso modo, gira em torno do caráter potestativo, ou não, do direito atribuído ao preferente, se se trata de direito sujeito à condição suspensiva ou não, e se a prestação do sujeito passivo é positiva ou negativa (*non facere*), e será objeto de análise nos itens seguintes.

Antes de avançar com o estudo pormenorizado de cada uma das correntes, convém advertir que nem todas as construções teóricas sobre a natureza jurídica da preferência serão apreciadas, mas tão somente aquelas mais representativas, e que foram consideradas mais relevantes para atingir o escopo da presente investigação.

1.6.1 *A preferência, em alguma hipótese, constitui espécie de direito real?*

Nas palavras de KIOITSI CHICUTA, "[a] doutrina não se entende sobre a natureza jurídica do direito de preferência, sustentando uns que se cuida de mero direito pessoal e outros de direito real"[92].

Ao que parece, a principal razão pela qual parte da doutrina visualiza o caráter de direito real de alguns direitos de preferência está atrelada à eficácia ou oponibilidade especial de que eles dispõem, em certas situações. Eficácia esta cujos efeitos práticos, de fato,

[92] "Locação de imóveis e o sistema registrário". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./abr. 1996, p. 39. Para Silvia C. B. Opitz e Oswaldo Opitz, igualmente, ao tratar da preferência do arrendatário rural: "[...] qual a natureza jurídica dessa preferência, não nos dizem as leis referidas. É direito pessoal, de eficácia *erga omnes* ou direito real? A doutrina não se entende, sendo que alguns defendem a pessoalidade e outros a realidade desse direito" (*Curso completo de direito agrário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 273). Ainda, como relata Mario Neves Baptista, "[...] não existe, contudo, uniformidade entre os autores, no determinar a natureza jurídica do pacto de preempção" (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 45).

aproximam-se aos alcançados pelo exercício da sequela, típica dos direitos reais[93]. É que diversos dos dispositivos legais que instituem relações de preferência conferem ao titular do direito a faculdade de "depositando o preço, haver para si a parte vendida" (artigo 504 do Código Civil), "depositando o preço, haver para si a quota cedida" (artigo 1.795, *caput*, do Código Civil), "depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel" (artigo 33 da Lei de Locações), ou "depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado" (artigo 92, § 4º, do Estatuto da Terra). Daí se dizer que o legislador estaria a prever uma nova espécie de direito real. Para esta corrente, então, enquanto parte das relações de preferência não atribuiriam ao preferente um direito real, a exemplo do pacto de preempção e, grosso modo, das demais relações de preferência instituídas via convenção, outras, quando prevista essa espécie de eficácia especial do direito do preferente, consubstanciariam um verdadeiro direito real.

Nesse sentido, já se afirmou, em sede doutrinária, que o direito de preferência do condômino, previsto no artigo 1.139 do Código Civil de 1916, e correspondente ao artigo 504 do Código Civil de 2002, seria espécie de direito real[94].

Também é possível encontrar defensores do caráter de direito real do direito de preferência atribuído ao locatário, especialmente após a previsão, no parágrafo primeiro do artigo 25 da Lei n° 6.649/1979 – diploma legal que antecedeu a atual Lei de Locações –, incluído pela Lei n° 6.698/1979, da possibilidade de o inquilino haver para si o imóvel locado, desde que, pelo menos trinta dias antes da alienação, estivesse inscrito o contrato de locação no registro imobiliário[95/96].

---

[93] "A faculdade assegurada ao preferente de seguir a coisa, esteja ela em poder de quem estiver, e de antepor o seu direito a qualquer outro, faz efectivamente lembrar o direito de sequela compreendido no direito real" (LOUREIRO, José Pinto. *Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., p. 66). Nas palavras de Gustavo Tepedino, o direito de sequela é "caracterizado pelo poder de perseguir a coisa sobre a qual [o titular do direito real] exerce o seu direito, nas mãos de quem o possua. [...] Ao contrário do titular do direito de crédito, a quem não é dado obter a execução de seu direito senão contra o próprio devedor, oferece-se ao titular do direito real a prerrogativa de exercer o seu direito sobre a coisa a ele vinculada" ("Direito das Coisas", cit., p. 32).

[94] MACHADO, Ataliba Marcondes. "Preferência do locatário, somente na aquisição de prédio residencial". In: *Revista dos Tribunais*. V. 348. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1964, p. 35.

[95] "Art. 25. O locatário a quem não se notificar a venda, promessa de venda, ou cessão de direitos poderá, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses a contar da transcrição ou inscrição do ato competente no Cartório do Registro de Imóveis. §1º. Ressalvada a prioridade do condômino (Código Civil, art. 1.139), o locatário só poderá exercer o direito assegurado neste artigo se, pelo menos trinta dias antes da venda, promessa de venda ou cessão de direitos, estiver inscrito no registro imobiliário, na forma a ser estabelecida em regulamento, o contrato de locação. §2º. O locatário, preterido na sua preferência, poderá reclamar do alienante perdas e danos". Na contramão da doutrina dominante, entendia Luiz Gastão Paes de Barros Leães, à luz desse dispositivo, que o direito do locatário de haver para si o imóvel indevidamente alienado estaria presente mesmo sem o registro do contrato de locação no Registro Geral de Imóveis ("Do direito de preferência nos condomínios". In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, p. 63).

Assim, ainda na vigência da Lei n° 6.649/1979, afirmava LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES que "o legislador pretendeu criar um novo direito real, embora sem maior rigorismo formal"[97]. De modo semelhante, entendia RONALD SCHULMAN que se estaria "diante de um direito real *ad rem* (análogo ao derivado da promessa de venda sem cláusula de arrependimento e registrada no Registro de Imóveis), a transmudar todo o anterior panorama que envolvia a discussão dessa matéria da preferência". A então novidade, para ele, certamente decorreria "do direito de sequela conferido ao locatário preterido, que o autoriza a agir contra o alienante e o terceiro adquirente, buscando o imóvel através de procedimento reipersecutório"[98]. Ele cita, ainda, outros autores para quem o direito de preferência do locatário assumiria a natureza de direito real, a exemplo de (i) JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, para quem a Lei n° 6.649/1979 teria criado um direito real anônimo, (ii) ULDERICO PIRES DOS SANTOS, que se refere a um direito real anormal, e (iii) OSWALDO OPITZ e SILVIA C. B. OPITZ, para quem não haveria dúvida de que se estaria diante de um direito real[99].

Já à luz da atual Lei de Locações, afirma ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO que a legislação extravagante poderia, sim, criar novas espécies de direito real, e que uma delas seria justamente o direito de preferência do locatário de imóvel urbano[100]. No âmbito jurisprudencial, diversos precedentes ratificam o caráter de direito real da preferência atribuída ao locatário de imóvel urbano[101].

---

[96] A necessidade de registro prévio do contrato de locação junto à matrícula do imóvel, para que possa o locatário, "depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado", atualmente está prevista no *caput* do artigo 33 da Lei de Locações, e é reiterada em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (i) STJ, 3ª T., AgRg na MC 18.158, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011, v.u., DJ 17.08.2011; (ii) STJ, 6ª T., AgRg no REsp 203.851, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.02.2008, v.u., DJ 10.03.2008; (iii) STJ, 5ª T., REsp 578.174, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12.09.2006, v.u., DJ 09.10.2006; (iv) STJ, 5ª T., REsp 886.583, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.02.2010, v.u., DJ 26.04.2010; e (v) STJ, 3ª T., REsp 1.216.009, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011, v.u., DJ 27.06.2011. Nesse último, lê-se: "[a] averbação do contrato de locação é indispensável para que o direito de preferência revista-se de eficácia real e permita ao inquilino haver para si o imóvel locado e vendido". E, adiante: "a Lei determina que a averbação do contrato locatício no Registro de Imóveis é imprescindível quando a pretensão do locatário for a de adquirir o imóvel locado, porque a averbação reveste o direito de preferência de eficácia real e permite ao inquilino haver para si o imóvel locado".

[97] "Do direito de preferência nos condomínios", cit., p. 62.

[98] "Considerações sobre o direito de preferência na locação urbana". In: *Revista dos Tribunais*. V. 588. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1984, p. 261. Também entendendo que o direito de preferência do locatário é real, à luz do artigo 25 da Lei n° 6.649/1979: COSTA, Geraldo Gonçalves da. "Direito de preferência na lei do inquilinato". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1988, p. 145.

[99] Todos citados por Ronald Schulman em "Considerações sobre o direito de preferência na locação urbana", cit., p. 261.

[100] "Das várias espécies de contrato", cit., p. 307. Entende o autor, aludindo à Súmula 488 do Supremo Tribunal Federal, que, sendo a preferência do locatário, por expressa previsão legal, espécie de direito real, a ação para reaver o bem alienado seria uma "ação real reipersecutória".

[101] Cf.: (i) TJ/RJ, 13ª CC, AC 0057196-72.2004.8.19.0004 (2005.001.45536), Rel. Des. Ademir Pimentel, j. 28.12.2005, v.u.; (ii) TJ/RJ, 17ª CC, AC 0001011-95.2001.8.19.0011 (2008.001.07462), Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 28.05.2008, v.u.; e (iii) TAC2/SP, 3ª CC, AC 312.004-0-00, Rel. Juiz Antonio Mansur, j.

Parte da doutrina, ainda, defende o caráter de direito real da preferência atribuída ao arrendatário rural, prevista no Estatuto da Terra: "assegura o §4º do citado art. 92, que o arrendatário não notificado dessa venda imobiliária rural tem direito real sobre a gleba a ele arrendada, por isso que pode, 'depositando o preço, haver para si' esse imóvel"[102].

À luz do direito português, entende LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO que a preferência com eficácia real – em Portugal, todos os direitos legais de preferência têm eficácia real, assim como certos pactos de preferência a que as partes tenham expressamente atribuído esta característica – equivale a "um direito real de aquisição"[103].

Não obstante, de outro lado, há os defensores de uma segunda corrente, entendendo que a relação prelatícia não atribui ao preferente um direito real, independentemente (i) da origem legal ou contratual da relação, e (ii) da previsão normativa do direito do preferente de, depositando o preço, haver para si o bem objeto do contrato preferível. Esta faculdade, assegurada aos titulares de certos direitos de preferência, quando presente, representaria a *eficácia real* da obrigação a cargo do sujeito passivo em face do preferente.

As obrigações com eficácia real, como explica CARLOS ROBERTO GONÇALVES, são aquelas que, sem perder seu caráter de direito a uma prestação, "são oponíveis a terceiro que adquira direito sobre determinado bem. Certas obrigações resultantes de contratos alcançam, por força de lei, a dimensão de direito real" [104]. Para FERNANDO NORONHA, as obrigações com eficácia real representam um dos casos de "direitos mistos, em que predominam elementos obrigacionais, mas nos quais o credor, além do direito à prestação, chega a ter alguns poderes diretos sobre a coisa". Seriam aqueles que "sem perderem o seu caráter essencial de direito a uma prestação, se transmitem, ou são oponíveis a terceiros, que adquiram direitos sobre determinada coisa"[105]. Para MARCOS CATALAN, "caracterizam-se como aquelas que, tendo

---

24.03.1990, v.u.. Este último à luz da Lei n° 6.649/1979, referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993, p. 15.

[102] AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Direito de preferência em arrendamento rural". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1982, p. 188.

[103] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 243. Em sentido semelhante: (i) PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 365; e (ii) VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 379.

[104] *Direito civil brasileiro*. V. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31. Na visão do autor, exemplos de obrigações com eficácia real seriam a estabelecida no artigo 576 do Código Civil, pelo qual a locação, se registrada, pode ser oposta ao adquirente da coisa locada, e a obrigação que resulta de compromisso de compra e venda, desde que registrado e sem previsão de direito de arrependimento (artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil).

[105] *Direito das obrigações*. V. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325. Para o autor, o único exemplo de obrigação com eficácia real no ordenamento jurídico brasileiro seria a locação predial. Os direitos de preferência, diversamente, quando facultado ao preferente o direito de haver para si a coisa, seriam direitos reais de aquisição. Para Maria Helena Diniz, "as obrigações com eficácia real situam-se no terreno fronteiriço dos direitos de crédito para os direitos reais. A obrigação terá eficácia real quando, sem perder seu caráter de direito a uma prestação, se transmite e é oponível a terceiro que adquira direito sobre determinado bem" (*Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. V. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17). Exemplos de

gênese entre os direitos creditícios, serão oponíveis perante terceiros se observada a necessária solenidade"[106].

Assim, por exemplo, na visão de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, o direito de preferência do locatário, nas condições descritas na lei – isto é, estando o contrato de locação registrado junto à matrícula do imóvel pelo menos trinta dias antes da alienação em violação à preferência –, "alcança eficácia real"[107]. De maneira semelhante, explica ORLANDO GOMES que o direito de preferência, "em sua maior dimensão", isto é, sendo facultado ao preferente haver para si o bem indevidamente alienado, "se exerce *erga omnes*, tendo eficácia real"[108]. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, ao tratar do direito de preferência dos condôminos, corrobora que a preferência "não é meramente obrigacional, cuja violação resolve-se em perdas e danos. Ele [o direito de preferência] atinge a eficácia real"[109].

Ainda na visão desta segunda corrente, outros direitos de preferência, contudo, quando ausente a eficácia real, certamente não seriam direitos reais. A questão da eficácia, real ou obrigacional, de cada um dos direitos de preferência, será objeto de análise do Capítulo III, item 2.1, *infra*. Por ora, o objetivo é tentar definir apenas se os direitos de preferência têm, ou não, natureza real.

Percebe-se, da exposição, que as duas vertentes teóricas parecem não discordar que os direitos de preferência convencionais, em geral, não seriam direitos reais, pelo fato de o legislador não ter previsto a possibilidade de o preferente, diante da violação de seu direito, haver para si o bem, numa espécie de execução específica oponível perante o terceiro adquirente, ou mesmo do exercício de um direito que em muito se assemelha à sequela, típica dos direitos reais. Integram esta categoria o pacto de preempção e os demais direitos contratuais de preferência, que não foram regulados de maneira geral pelo legislador[110].

O grande cerne da controvérsia entre as duas correntes, então, cinge-se aos direitos de preferência legais, em que se tenha previsto esta eficácia especial do direito do preferente,

---

obrigações com eficácia real seriam, a seu ver, a consubstanciada no contrato de locação registrado, desde que prevista cláusula de vigência (artigo 576 do Código Civil), bem como a obrigação do compromissário vendedor, no compromisso de compra e venda registrado sem pactuação de direito de arrependimento.

[106] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?". In: *Revista jurídica empresarial*. V. 5. Porto Alegre: Notadez, nov./dez. 2008, p. 120.

[107] *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. V. 2. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 68. Para Wanderley José Federighi, o direito de preferência do locatário, quando registrado o contrato de locação nos termos do artigo 33 da Lei de Locações, seria espécie de direito pessoal, "pondo-se-o em contraposição aos direitos reais". O autor não chega a mencionar a eficácia real que assume a preferência, neste caso ("Direito de preferência e locação", cit., p. 141).

[108] *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 312.

[109] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 133.

[110] A natureza do pacto de preferência inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas será analisada separadamente, no Cap. IV, item 2.2.1, *infra*.

assemelhada à sequela, ínsita dos direitos reais. Enquanto, para alguns, se trataria de uma nova espécie de direito real, para outros, o legislador estaria a prever uma espécie de obrigação com eficácia real. Antes de se chegar a uma conclusão sobre qual das duas correntes mais parece se coadunar com o instituto da preferência, convém retomar brevemente as distinções entre os direitos reais e os obrigacionais.

A distinção entre direitos reais e obrigacionais é fruto de um longo processo evolutivo. Como bem sintetiza ROBERTA MAURO MEDINA MAIA[111], quando, na Idade Média, os juristas principiaram a tarefa de classificar os direitos patrimoniais, alcançaram as primeiras características que viriam moldar a distinção entre direitos reais e pessoais (ou obrigacionais). À época, o sistema dos direitos reais foi concebido a partir de um direito de propriedade inquestionável e ilimitado, em que se garantia ao proprietário o direito de excluir qualquer terceiro do uso, gozo e disposição do bem. Segundo a teoria realista ou clássica, estaria em causa a relação entre uma pessoa e uma coisa, e a violação desta relação daria lugar à *actio in rem*. Se, por outro lado, a relação jurídica fosse de direito obrigacional, envolvendo, assim, duas pessoas (ou duas partes), as controvérsias daí surgidas seriam resolvidas por meio da *actio in personam*[112]. Enquanto as obrigações confeririam ao titular do direito um poder apenas mediato sobre a coisa, exercido por meio da prestação a cargo do devedor, sendo a eficácia do direito apenas relativa, os direitos reais, de caráter absoluto, confeririam a seu titular um poder imediato.

Mais adiante na linha evolutiva, para a teoria personalista, estes direitos, por criarem uma relação jurídica entre o seu titular e toda a coletividade[113], seriam em face dela exercitáveis[114], daí o caráter *erga omnes* dos direitos reais, garantido pela publicidade. Tais direitos seriam marcados, além disso, pela ambulatoriedade, garantindo-se ao titular do vínculo real o direito de acompanhar a coisa onde quer que ela se encontre, e de recuperá-la

---

[111] *A propriedade contemporânea*: direitos reais, oponibilidade, teoria dos bens. Tese de doutorado, requisito parcial para a obtenção de título de doutora em direito civil pela UERJ, apresentada em 2011, p. 20 e ss.

[112] Haveria, ainda, as *actiones mixtae*, "das quais podiam resultar atribuições reais e obrigacionais" (SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 88-89).

[113] Como afirma Bernardo Windscheid, no início do século XX, "todos os direitos se estabelecem entre pessoas, não entre pessoa e coisa" (*Diritto delle Pandette*. V. 1. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico, 1902, p. 173).

[114] Seria a chamada "obrigação passiva universal" que, para Luiz Edson Fachin, constitui não uma obrigação, mas sim um dever: "para o direito de propriedade e as pessoas nele relacionadas, o sistema encontrou a obrigação passiva universal porque não há relação entre proprietário e a coisa, que é objeto da sua apropriação. Cria-se esse modelo, segundo o qual há uma sujeição passiva universal, como se fosse possível alguém, titular de uma determinada coisa, ao mesmo tempo tivesse um vínculo jurídico com todos os demais, ainda que por abstenção, obrigados a respeitar o direito que emana de outro. Esta não é obrigação, e sim um dever, e se aplica a todos" (*Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 99).

das mãos de quem quer que injustamente a possua – o chamado direito de sequela[115]. Diversamente, os direitos obrigacionais, por serem relativos, somente poderiam dar origem a pretensões em face do devedor, seus representantes ou sucessores. A teoria personalista, ao conceber o direito real como uma relação jurídica entre sujeitos, conduziu à sua "pessoalização", e lhe atribuiu estrutura análoga à dos vínculos obrigacionais[116].

Ainda segundo expõe a autora, para a doutrina tradicional, somente as figuras previstas em lei poderiam apresentar as características típicas dos direitos reais, como a aderência, a oponibilidade *erga omnes* e a sequela. O princípio da relatividade das obrigações, por outro lado, restringiria a eficácia das obrigações apenas às pessoas que figuraram como partes do vínculo obrigacional.

A distinção tradicional entre os direitos reais e obrigacionais não ficou imune às críticas, muito pelo contrário. Costumam servir de ponto de partida as chamadas figuras mistas, que suscitam dúvidas quanto ao seu perfeito enquadramento em uma das duas categorias, a exemplo das obrigações reais ou *propter rem*, que a lei brasileira não define nem sequer faz referência expressa[117]. Apesar de não terem natureza real, tais obrigações seriam marcadas pela oponibilidade típica de um direito real, além de serem dotadas da inerência, por serem inerentes ao bem que lhes serve de objeto[118].

Enquadrar-se-iam na categoria das figuras mistas, ainda, na visão de alguns, as já mencionadas obrigações com eficácia real – modalidade de importância ímpar para a análise da natureza jurídica da preferência –, também sem natureza de direito real, mas marcadas por certas características dos direitos reais. Na lição de FERNANDO NORONHA, "as obrigações com eficácia real distinguem-se bem das obrigações reais" porque, embora "umas e outras sejam

---

[115] Cf. TEPEDINO, Gustavo. "Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução". In: *Temas de direito civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141. Conforme referem Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a doutrina brasileira majoritária, atualmente, considera as obrigações *propter rem* como figuras mistas ("Direito das Obrigações", cit., p. 30).

[116] SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123.

[117] OLIVA, Milena Donato de. "A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 26. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006, p. 67.

[118] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 237. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, "ao contrário das obrigações em geral, que se referem ao indivíduo que as contraiu, as obrigações *propter rem* se transmitem automaticamente para o novo titular da coisa a que se relacionam. É o caso, por exemplo, da obrigação do condômino de contribuir para a conservação da coisa comum ou a dos vizinhos de proceder à demarcação das divisas de seus prédios, em que a obrigação decorre do direito real, transmitindo-se com a transferência da titularidade do bem" (*Novo curso de direito civil*: obrigações. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9). Para parte da doutrina, a obrigação *propter rem*, que surge quando "a um direito real acede um dever de prestação exigível de seu titular", só obriga o titular do direito real "a cumprir as prestações constituídas na vigência do seu direito" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. "Direito das obrigações", cit., pp. 29-32). Para uma segunda corrente, o novo titular do direito real responde pelas dívidas nascidas por força da obrigação *propter rem* mesmo antes de sua titularidade.

verdadeiras obrigações, em sentido técnico", a primeira "pressupõe a existência de um direito real, do qual ela deriva". Já na obrigação com eficácia real "estamos perante obrigações comuns que se distinguem das demais por terem, entre os seus efeitos, alguns que são típicos dos direitos reais"[119].

Como bem observado por ROBERTA MAURO MEDINA MAIA, admitida a heterogeneidade das figuras jurídicas de direito real, a distinção entre direitos reais e obrigacionais sempre apresentará falhas, "pois será inviável ter presentes em cada uma das figuras jurídicas reais todas as características que as contraporiam às obrigações. As chamadas figuras mistas apenas revelam, portanto, as falhas desta contraposição taxativa de características que nunca são completamente uniformes"[120]. Esta é, aliás, a razão pela qual afirma PIETRO PERLINGIERI que "não existe, portanto, uma precisa separação entre situações creditórias e reais"[121], e pela qual entende GUSTAVO TEPEDINO que o sistema *numerus clausus* dos direitos reais "constitui-se em orientação afeta à política legislativa, não se configurando um elemento ontologicamente vinculado à teoria dos direitos reais"[122].

No Brasil, apesar das diversas falhas conceituais e da heterogeneidade das figuras elencadas como direitos reais, o grande ponto comum entre eles, previstos essencialmente no artigo 1.225 do Código Civil, é a oponibilidade perante terceiros, necessária para a existência

---

[119] *Direito das obrigações*, cit., p. 325.

[120] *A propriedade contemporânea*, cit., p. 49. Defende a autora que a divisão tradicional entre direitos reais e obrigacionais deveria ser repensada, mediante uma "completa reformulação teórica de suas bases", à luz das funções assumidas pelos direitos patrimoniais (reais ou obrigacionais) no ordenamento jurídico pátrio, bem como dos princípios constitucionais que o permeiam. Não significa dizer que as categorias tenham sido superadas. "Ao contrário, esta é parte importante de qualquer sistema de atribuição de bens, daí sua presença constante em diversos textos legais ao redor do mundo" (*Ibid*, p. 283). Na visão da autora, a oponibilidade *erga omnes* (pelo sistema jurídico brasileiro, a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais dependeria não só da sua previsão legal, como também da publicidade. Isto porque toda a lógica da oponibilidade *erga omnes* estaria ligada ao conhecimento, ou pelo menos pelo dever de conhecimento, pelo terceiro, daquele direito real), dada como a grande característica dos diretos reais, na verdade seria inerente a todos os direitos, reais ou obrigacionais. Para evitar confusões, a oponibilidade *erga omnes* sequer deveria ser assim denominada. Melhor seria designá-la de um "dever geral de inviolabilidade" (*alterum non laedere*). Isto porque esta tal oponibilidade, ou dever geral de inviolabilidade, representaria um dever geral de, abstratamente, respeitar os direitos dos demais. Só concretamente, diante da presença de um terceiro efetivo, em vias de violar ou tendo violado o direito, é que se poderia falar verdadeiramente em oponibilidade, chamada pelos europeus de "oponibilidade substancial". Mesmo a oponibilidade substancial não seria totalmente absoluta, pois encontraria limite no respeito à boa-fé subjetiva. O grande pressuposto da aplicação da oponibilidade, seja para direitos reais, seja para direitos obrigacionais, seria o conhecimento (ou o dever de conhecimento), pelo terceiro, daquele determinado direito. Enquanto, no tocante aos direitos reais, esse conhecimento seria bem mais simples de ser comprovado, por conta do sistema registrário, no que tange aos direitos obrigacionais o ônus da comprovação do conhecimento pelo terceiro seria do titular do direito obrigacional. A oponibilidade perante terceiros dos direitos obrigacionais garantiria a seu titular a possibilidade de, eventualmente, ser indenizado pelo terceiro causador de prejuízo por ter contribuído com a violação da obrigação, desde que atendido o requisito da publicidade, e ausente qualquer fator que pudesse afastar a oponibilidade, como a boa-fé do terceiro.

[121] *Perfis de direito civil*, cit., p. 204.

[122] "Direito das coisas", cit., p. 37. Em sentido semelhante: NEVES, Gustavo Kloh Müller. "O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431.

efetiva das demais características inerentes aos direitos reais, como a sequela[123] e a ambulatoriedade.

E, como visto, é justamente esta espécie de "sequela", garantida ao preferente em parte dos dispositivos que preveem direitos legais de prelação, que leva a primeira corrente doutrinária a qualificá-los como direito real.

Esta circunstância, entretanto, não parece suficiente para concluir que estes direitos de preferência representam uma nova espécie de direito real. A criação de direitos reais, como aponta a doutrina dominante, exige previsão legal específica. Embora, a rigor, não seja necessária a sua inclusão no rol do artigo 1.225 do Código Civil, apenas dispositivos legais podem criá-los[124]. Como explica GUSTAVO TEPEDINO, "a última das características dos direitos reais, que os contrapõe aos direitos de crédito, refere-se ao sistema *numerus clausus* em matéria de relações jurídicas reais". Apesar de não se tratar de um elemento ontológico vinculado à teoria dos direitos reais, mas sim de orientação afeta à política legislativa, o sistema do *numerus clausus* é "princípio de ordem pública". Esse sistema exprime-se na taxatividade das figuras típicas, "quando examinado do ponto de vista da reserva legal para a criação dos direitos subjetivos" reais, bem como na tipicidade, o que significa que "a estrutura do direito subjetivo responde à previsão legislativa típica", quando analisado sob o ângulo de seu conteúdo[125].

Tendo em vista o sistema do *numerus clausus*, não parece que tenha procedido o legislador à criação de um novo direito real ao instituir as relações legais de preferência.

---

[123] Aliás, Pietro Perlingieri não reconhece o direito de sequela como o critério distintivo dos direitos reais, pois visualiza a sequela em situações em que a doutrina aponta a existência de um direito relativo. Em suas palavras, "[o] direito de sequela e o direito de preferência, tidos como característicos das situações reais, não podem ser utilizados para fins de distinção. [...] Encontra-se a sequela também em situações que a opinião comum assinala solidamente no campo dos direitos reais: basta pensar na disciplina da locação, a qual prevê que a transferência da propriedade do imóvel não influi na relação de locação, que continua com o novo proprietário" (*Perfis do direito civil*, cit., p. 204).

[124] "O legislador brasileiro, de maneira inegável, enuncia taxativamente os direitos reais, enumerados, em sua maioria, no art. 1.225 do Código Civil brasileiro" (TEPEDINO, Gustavo. "Direito das coisas", cit., p. 37).

[125] "Direito das coisas", cit., p. 35. De maneira semelhante, para Ebert Chamoun, "a legislação, neste particular, é taxativa: o número dos direitos reais é apenas aquele consignado pela lei e isto porque existindo muitos titulares de deveres jurídicos, não seria lícito que uma só pessoa, com seu arbítrio, fosse criar em todas as outras os deveres jurídicos correspondentes ao novo direito real. É, pois, a ordem pública que aí interfere" (*Direito civil*: aulas do 4° ano proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal. Rio de Janeiro: Aurora, 1955, p. 9). Na mesma trilha, Darcy Bessone: "destinando-se o direito real a operar contra todos, não deve ter origem na vontade das partes, recomendando-se, por isso mesmo, que tenha base legal" (*Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 10). Ainda invocando o princípio do *numerus clausus* em matéria de direitos reais, dentre outros: (i) GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21; (ii) LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: direito das coisas. V. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 34; e (iii) ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968, p. 377. Para este último, "não pode haver um direito real, como situação jurídica concreta, se não existir norma que o preveja. [...] Cabe à norma indicar os tipos de direitos reais que são admitidos". Diversamente, a favor do *numerus apertus* dos direitos reais: SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. V. 9. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, pp. 14-16.

Diversamente de outros dispositivos, em que se prevê expressamente a instituição de um direito real – o artigo 1.417 do Código Civil, *v.g.*, dispõe que mediante promessa de compra e venda registrada, sem pactuação de arrependimento, "adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel" –, no que tange aos direitos de preferência, a lei prevê apenas que pode o preferente, "depositando o preço, haver para si a parte vendida" (artigo 504 do Código Civil), ou "depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel" (artigo 33 da Lei de Locações). Em momento algum eleva a preferência à categoria de direito real.

Nas palavras de DIÓGENES GASPARINI, ao tratar do direito de preferência legal previsto no Estatuto da Cidade, "não se trata de direito real. Só é direito real aquele assim instituído por lei"[126]. De maneira semelhante, afirma J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ que certos direitos de preferência, quando dotados dessa eficácia especial, "se não permitem falar de um direito real em sentido estrito, indubitavelmente garantem que é um direito [...] oponível *erga omnes*, [...] muito próximo à figura dos direitos reais"[127]. Próximo, mas não idêntico. Para CARLOS ALBERTO TWORKOWSKI, o contrato de locação "não tem poder de dar nascimento a direito real", de modo que o direito de preferência dali advindo não poderia assumir o caráter de direito real[128]. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, por sua vez, ao analisar a preferência do locatário, afirma: "na lei do inquilinato criou-se a possibilidade de eficácia real à cláusula [de preferência] (art. 33). [...] O efeito real só é obtido mediante os dois requisitos da lei [registro e depósito do preço]"[129].

Para além do sistema do *numerus clausus*, que não parece ter incluído a preferência no rol dos direitos reais, a relação prelatícia, ao estabelecer para o sujeito passivo um dever de contratar com o preferente, desde que preenchidos certos pressupostos e manifestada a intenção deste último em exercer o seu direito, contém as características típicas de um direito obrigacional: o sujeito ativo dispõe de uma prestação exigível perante o sujeito passivo. Tais características permanecem mesmo diante da alienação do bem objeto do contrato preferível a terceiro, desde que o direito do preferente seja dotado de eficácia real.

É razoável interpretar, então, que a intenção do legislador, ao prever que o preferente poderá, diante da violação de seu direito mediante alienação a terceiro, "haver para si" o bem, tenha sido justamente atribuir eficácia real à obrigação prelatícia, de modo que a execução

---

[126] "Direito de preempção". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2001, p. 61.
[127] "Direito de preempção e política urbana", cit., p. 37.
[128] "A averbação e o registro dos contratos de locação no Registro de Imóveis: repercussões legais". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2007, p. 25.
[129] *Direito civil*. V. 3, cit., p. 89.

específica do direito do preferente possa alcançar não só o sujeito passivo, como também o terceiro com quem ele tenha contratado, perante quem o direito de preferência será também oponível[130]. Na lição de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, o titular da prelação, no momento em que reage à violação de seu direito e desde que se trate de preferência com eficácia real, tem "imediatamente direitos em relação a um contrato [...] e só mediatamente, já na veste de sujeito ou parte deste contrato, é que adquire a posição real sobre a coisa alienada". Assim, "[o] efeito do exercício da preferência, por outras palavras, não é a aquisição de um *ius in re*, mas sim a aquisição da qualidade de parte ou sujeito de determinado contrato". Em outra passagem, o autor ratifica a sua posição: "assistindo ao preferente, uma vez verificados os pressupostos condicionadores da ação de preferência, o direito [...] de haver para si a coisa alienada, parece, à primeira vista, poder falar-se, quanto a esta fase final do regime de prelação [com eficácia real], de um direito de natureza real". [...] "Bem vistas as coisas, porém, deve-se entender que, mesmo na fase que estamos a analisar, o direito de preferência não incide directamente sobre a *res* sujeita à prelação"[131].

Em precedente que data do início da década de 1990, o Superior Tribunal de Justiça corrobora este entendimento, ainda que não afirme, expressamente, tratar-se a preferência de direito com eficácia real. No caso concreto, o locatário, preterido em seu direito de prelação, ajuizou ação de preferência para, mediante o depósito do preço, haver para si o bem indevidamente alienado. Em contrapartida, o locador ajuizou ação declaratória, alegando que a relação processual não se teria completado, por falta de citação de sua esposa. É que o Código de Processo Civil exige, no parágrafo primeiro de seu artigo 10, a citação de ambos os cônjuges para as ações "que versem sobre direitos reais imobiliários". Não obstante, considerou o tribunal não ter havido qualquer irregularidade na formação da relação processual. Isto porque a ação de preferência, por meio da qual o locatário exerce seu direito de prelação, é de natureza pessoal, ainda que indiretamente seu objeto final seja um imóvel:

> "Dúvida não há que o locatário, que tem um direito pessoal de preempção da coisa locada, em igualdade de condições, para exercê-lo, em face de não

[130] Em outra seara, ao tratar da opção de compra ou venda de ações, Felipe Campana Padin Iglesias chega a uma conclusão análoga (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 248), ao afirmar que "[o] contrato de opção não cria ou constitui espécie de direito real sobre as ações subjacentes. Trata-se de plano essencialmente obrigacional. A averbação é necessária apenas para permitir que o beneficiário tenha um direito obrigacional de maior intensidade, ou absoluto, oponível frente a terceiros". O autor vale-se da lição de João de Matos Antunes Varela: "a lei pode, efectivamente, para satisfazer determinados interesses relevantes, impor ou permitir a oponibilidade a terceiros de relações que são, na sua estrutura, de caráter obrigacional, por assentarem fundamentalmente num dever de prestar e no correlativo direito à prestação" (*Das obrigações em geral*. V. 1, cit., p. 172).

[131] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 222 e pp. 217-219.

> haver sido afrontado, vale-se de ação pessoal, ainda que o objeto afinal prestado seja o imóvel, por isso que a prestação imediata é o reconhecimento do direito e, só mediatamente, a adjudicação do imóvel"[132].

O próprio Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar, em recente precedente jurisprudencial que versava sobre o direito de preferência do locatário, que se trata de obrigação com eficácia real: "a averbação [do contrato locatício no Registro de Imóveis] reveste o direito de preferência de eficácia real e permite ao inquilino haver para si o imóvel locado"[133].

Por outras palavras, se se tratasse de um direito pessoal comum, com efeitos relativos, ele ficaria frustrado diante da celebração de um contrato entre sujeito passivo e terceiro, restando ao preferente apenas a via ressarcitória[134]. Como, entretanto, o legislador atribui eficácia real a certos direitos de preferência, nestes casos o titular do direito poderá executá-lo especificamente mesmo diante da alienação do bem objeto do contrato preferível a terceiro, pois o seu direito será perante ele oponível. Conforme será minudenciado no Capítulo III, *infra*, nessas circunstâncias, o efeito do exercício do direito pelo preferente equivalerá à contratação entre ele e o sujeito passivo, com a consequente aquisição do bem alienado em violação ao direito, prevista nos preceitos legais (*v.g.*, artigo 504 do Código Civil e artigo 33 da Lei de Locações)[135].

Talvez a razão pela qual o legislador tenha previsto esta eficácia tão peculiar para o direito do preferente, de modo que a sua execução específica possa alcançar o terceiro adquirente, esteja ligada, de um lado, às funções que o direito de preferência assume no ordenamento jurídico brasileiro – de, *v.g.*, solucionar conflitos de direitos reais, extinguindo situações de oneração ou de comunhão do direito, facilitar o acesso à moradia, etc. – e, de outro, ao respeito às situações jurídicas subjetivas em detrimento da má-fé presumida de terceiros.

De fato, nas hipóteses em que o legislador atribui eficácia real ao direito do preferente,

---

[132] STJ, 3ª T., REsp 8.018, Rel. Min. Dias Trindade, j. 13.05.1991, v.u., DJ 10.06.1991, p. 7.847.

[133] STJ, 3ª T., REsp 1.216.009, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011, v.u., DJ 27.06.2011. Em outros precedentes, diversamente, já afirmou o tribunal que se trata de verdadeiro direito real. Nesse sentido: STJ, 4ª T., REsp 164.442, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.08.2008, v.u., DJ 01.09.2008. O precedente versava sobre direito de preferência do arrendatário rural.

[134] Em face do sujeito passivo e, preenchidos os pressupostos da teoria do terceiro cúmplice, até mesmo em face do terceiro que contribuiu para a violação do direito do preferente. Esta questão será desenvolvida no Capítulo III, *infra*.

[135] É esta a linha de raciocínio desenvolvida por Agostinho Cardoso Guedes, ao longo de sua obra (*O exercício do direito de preferência*, cit.).

que lhe permite, por expressa previsão legal[136], superar o direito real de propriedade adquirido pelo terceiro em violação à preferência, é porque presume que o adquirente estava ciente da existência do direito de prelação, tendo agido, portanto, de má-fé. No caso do condomínio de imóvel, *v.g.*, a propriedade em comunhão estará registrada, e como o direito de preferência decorre da lei, o terceiro, potencial adquirente da fração ideal em vias de alienação, deverá (ou pelo menos deveria) conhecê-lo. Igualmente, no caso do contrato de locação, a eficácia real do direito do locatário só estará garantida se o contrato locatício estiver registrado junto à matrícula do imóvel pelo menos trinta dias antes da alienação[137].

Vê-se, assim, que o legislador, ao conceder eficácia real a certos direitos de preferência, parece ter partido da premissa de que o terceiro adquirente, que contrata com o sujeito passivo em violação à prelação, não estaria de boa-fé. Este terceiro, então, ficará sujeito à perda do bem indevidamente adquirido, pelo exercício da preferência pelo titular do direito, que acarretará a contratação entre este último e o sujeito passivo. Justamente por se tratar de situação bastante peculiar, e mesmo esdrúxula, é que, em geral, o prazo para o preferente exercer o seu direito é bastante exíguo (seis meses ou cento e oitenta dias)[138].

Além disso, a eficácia real do direito de preferência só estará presente se sujeito passivo e terceiro tiverem celebrado um contrato preferível. Se, ao contrário, eles tiverem

---

[136] "[O] direito de preferência dotado de eficácia *erga omnes* deve considerar-se sujeito, como se de *ius in re* se tratasse, ao princípio do *numerus clausus*" (MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 228).

[137] Talvez por questões de política legislativa, em se tratando de direito de preferência do arrendatário rural, o legislador não exige expressamente o registro prévio do contrato de arrendamento para que o direito do preferente seja dotado de eficácia real. Com base nesta omissão legal, parte da doutrina entende que o registro do contrato é inexigível, podendo o arrendatário haver para si o bem indevidamente alienado ainda que se trate de arrendamento verbal. Nas palavras de Otavio Luiz Rodrigues Junior, *v.g.*, "para os fins do que dispõe o art. 92, §3º, do Estatuto da Terra, exige-se apenas a situação de fato, mesmo que o contrato de arrendamento rural não tenha sido registrado na matrícula do imóvel. Tal se deve por uma questão de coerência com a natureza livre da forma do contrato de arrendamento rural" ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 384). Igualmente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: (i) "É juridicamente possível o pedido de preempção formulado pelo arrendatário, mesmo que o contrato de arrendamento rural não esteja registrado na matrícula do imóvel. 2. Para garantir o direito de preferência ao arrendatário (art. 92, § 3º, da Lei 4.505/64), exige-se apenas situação de fato – existência do arrendamento – independentemente de qualquer formalidade" (STJ, 3ª T., REsp 904.810, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15.12.2007, v.u., DJ 19.03.2007, p. 352); (ii) STJ, 4ª T., REsp 164.442, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.08.2008, v.u., DJ 01.09.2008; (iii) STJ, 3ª T., REsp 16.872, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 24.02.1992, v.u., DJ 13.04.1992, p. 4.998; e (iv) STJ, 4ª T., REsp 263.774, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.08.2006, v.u., DJ 05.02.2007, p. 237. Neste último precedente, esclarece o relator que as normas de direito agrário têm caráter tutelar, devendo o terceiro adquirente, para se resguardar, averiguar a situação do imóvel antes de adquiri-lo. Como se nota, esta linha de raciocínio afasta-se da desenvolvida no âmbito deste trabalho. Em sentido contrário, entendendo ser o registro necessário para que a preferência do arrendatário seja oponível perante terceiros, posiciona-se Roberto Grassi Neto: "[...] ainda que o legislador tenha procurado tutelar o homem simples do campo [...], no que concerne ao direito de preferência, embora tenha ele conotação de direito real, para que possa ser oponível *erga omnes*, impõe-se a necessidade de seu registro no Cartório de Registro de Imóveis" ("O direito de preferência nos contratos agrários". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1994, p. 122).

[138] Diversamente, as pretensões relacionadas a direitos reais, na ausência de previsão de prazo prescricional específico, prescrevem em dez anos (prazo geral, cf. artigo 205 do Código Civil).

avençado um tipo contratual não sujeito à prelação, o preferente nada poderá fazer, pois os pressupostos necessários ao exercício do seu direito sequer terão sido preenchidos. Esta é só mais uma peculiaridade que afasta o caráter de direito real da preferência.

Em suma, espera-se ter demonstrado que o direito de preferência, que integra a relação prelatícia, não é espécie de direito real, independentemente de sua eficácia real em certos casos[139]. A atribuição de eficácia real a alguns direitos de preferência, ao fim e ao cabo, é uma questão que concerne à política legislativa. A esse respeito, vale conferir a lição de JOSÉ PINTO LOUREIRO:

> "O direito de preferência não é um direito real. [...] Tal ideia parece ter nascido fundamentalmente na ideia de que a acção de preferência se encaminha à obtenção do domínio da coisa. Num direito de preferência não há verdadeiramente um poder sobre a coisa (*jus in re*), mas um poder de, reflectindo-se embora na coisa ou a ela se referindo, [...] exigir determinada prestação, como a de lhe transferirem a coisa, tanto por tanto, se ela vier a ser alienada. Naquele caso [direito real], o objecto imediato do direito é uma coisa, e neste [direito de preferência] é um *facere*. [...] Nos casos em que o preterido [...] tem acção contra o adquirente até o ponto de tomar para si a coisa vendida, [...] ainda que se não trate pròpriamente de um direito real, não há negar que a lei lhe atribui até certo ponto essa eficácia. [...] Mas tal atribuição não outorga natureza real ao direito de preferência, como a não outorga a outros direitos obrigatórios com eficácia relativamente a terceiros"[140].

Afastado o caráter de direito real da preferência, e partindo dessa premissa, é preciso, ainda, definir exatamente de que tipo de direito se trata, bem como os contornos desse direito. Conforme será exposto nos itens seguintes, parte da doutrina visualiza um caráter condicional, ou duplamente condicional, na relação de preferência, na medida em que o exercício do direito pelo preferente dependeria da intenção do sujeito passivo em decidir celebrar o contrato preferível, e do desejo do preferente em concluí-lo em paridade de condições (item 6.2). Uma segunda parte da doutrina ressalta o suposto caráter negativo da obrigação a cargo do vinculado à preferência (item 6.3), enquanto outros autores, reconhecendo o caráter potestativo do direito do preferente, limitam-se a enunciá-lo sem maiores explicações (item 6.4). Não obstante, como será visto a seguir, a melhor corrente parece ser aquela que visualiza na preferência uma relação jurídica complexa, sendo possível identificar um momento creditício e um momento potestativo (item 6.5).

---

[139] Aliás, como registra José Pinto Loureiro, "já no mundo romano existiam, como continuam a existir no mundo moderno outros direitos de obrigação que podem fazer-se valer contra terceiros, sem contudo mudarem a sua natureza" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., p. 67).

[140] *Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., pp. 63-67.

1.6.2 *As teorias do direito de crédito condicionado*

Quando se discute a natureza jurídica da relação de preferência, notadamente a instituída via convenção, uma parte significativa da doutrina refere que a obrigação do sujeito passivo é a de preferir o titular da preferência *se* decidir contratar. Enquanto alguns autores recorrem expressamente à figura da condição em sentido técnico, outros asseveram que esta decisão de contratar será um requisito de eficácia do direito de preferência. Assim, *v.g.*, para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, "o pacto de preferência é um contrato condicional. Está sujeito à condição suspensiva de aquele que promete a preferência se decida a vender"[141]. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, por sua vez, ao examinar o pacto de preempção, aduz que:

> "A venda com pacto de preferência é um negócio jurídico complexo, e por isto mesmo decomponível em seus elementos: a) primeiro lugar, um contrato de compra e venda, que produz todos os seus efeitos como se fosse puro e simples, enquanto o comprador não tiver a intenção de revender a coisa; b) em segundo lugar um ajuste de preferência, assemelhável a uma promessa de venda, que permanece sob a condição suspensiva daquela intenção de revender"[142].

Também aludindo ao pacto de preempção, para MARCOS CATALAN a cláusula de preferência configurar-se-ia como "uma promessa unilateral de venda subordinada à vontade do comprador [sujeito passivo], enquanto condição suspensiva de potencial negócio futuro, cuja eficácia está subordinada a um porvindouro e incerto desejo do comprador [sujeito passivo] em vender o bem adquirido"[143].

Há, ainda, autores que veem na relação prelatícia uma obrigação sujeita a dupla condição suspensiva: a decisão do sujeito passivo em contratar e a intenção do sujeito ativo em exercer a preferência. Assim, para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "no pacto de preferência, o promitente não assume uma obrigação ou vinculação pura e simples, mas antes condicionada. O promitente fica adstrito a dar preferência, [...] tanto por tanto, se vier a existir um projecto de realização desse contrato e se tal projecto, comunicado ao promissário, for por ele aceito"[144]. Também MARIA ISABEL DE ALMEIDA ALVARENGA remete à corrente que defende que o pacto de preferência teria a natureza jurídica de promessa de compra e venda sujeita a

---

[141] *Direito das obrigações*. V. 1. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 163.
[142] *Instituições de direito civil*. V. 3, cit., pp. 217-218.
[143] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., p. 109.
[144] *Direito das obrigações*, cit., p. 444.

dupla condição suspensiva, "por meio da qual as partes se obrigariam à futura celebração de contrato de compra e venda desde que haja a intenção de vontade de vender do outorgante e manifestação de vontade do outorgado"[145]. Ainda, para GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, "a natureza jurídica da preempção [regulada no artigo 513 e seguintes do Código Civil] é de promessa unilateral de oferecer a coisa ao vendedor [preferente]. [...] [O] exercício da preempção, ou sua efetividade, resta dependente de uma dupla condição: se o comprador quiser vender, e se o vendedor quiser (e puder) alienar"[146].

A primeira dificuldade em se compactuar com esta linha de raciocínio está no caráter potestativo da condição suspensiva de que dependeria a eficácia do direito do preferente. De fato, se se entender que o exercício do direito de preferência está subordinado à decisão de contratar do sujeito passivo, ou à decisão de vender, como aduz parte da doutrina, tratar-se-ia de condição dependente do puro arbítrio de uma das partes e, por essa razão, invalidaria o negócio jurídico que lhe é subordinado (artigos 122 e 123, inciso II, do Código Civil). Igual raciocínio pode ser desenvolvido com relação à segunda condição suspensiva apontada por parte da doutrina, consubstanciada na intenção do preferente de celebrar o contrato preferível.

É preciso, então, partir do pressuposto de que a condição de que dependeria a eficácia do negócio seria não a simples decisão do sujeito passivo em contratar (ou, adicionalmente, a simples decisão do sujeito ativo em preferir), mas sim a decisão de contratar em certos termos, conforme previamente ajustado com terceiro. Como, neste caso, exige-se a presença de um terceiro interessado em concluir o contrato nas condições queridas pelo sujeito passivo, já não se estará diante de uma condição puramente potestativa.

Mesmo assim, esta vertente teórica apresenta falhas[147]. Nas palavras de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, "consistindo a primeira condição no facto de o promitente estar disposto a contratar com certo terceiro, só há certeza dessa intenção quando aquele comunica o promissário". Ocorre que "como a comunicação é também o cumprimento do dever de comunicar tornado eficaz por essa intenção de contratar, aquela é, ao mesmo tempo, evento

---

[145] *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 10.

[146] *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., pp. 182-183. No mesmo sentido a posição de José Pinto Loureiro: "o direito de preferência tem a natureza de uma promessa de venda duplamente condicionada" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., p. 95).

[147] Para Paulo Luiz Netto Lôbo, "o direito de preferência é direito formativo gerador. [...] Não se trata de compra e venda sob condição suspensiva" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 171). No mesmo sentido a lição de Pontes de Miranda: "[é] de repelir-se a concepção que vê à base do direito de preempção o contrato de compra e venda que ele tem por fito, contrato com a condição suspensiva. Ainda não existe tal contrato de compra e venda. O que existe é o direito formativo à criação dele" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005, p. 281).

condicionante e cumprimento do dever condicionado", o que não faria sentido[148].

Além disso, quem faz depender a obrigação do sujeito passivo da segunda condição acima aludida (a intenção do preferente em concluir o contrato com o sujeito passivo nos termos avençados com terceiro) "não explica o facto de a comunicação do promitente traduzir um cumprimento do dever condicionado antes de verificada essa segunda condição"[149]. Como se isso não bastasse, a declaração do preferente é, na verdade, a forma de exercício do direito de preferência. Não parece razoável, então, sustentar que a declaração de preferência, pela qual se exerce o direito, é ao mesmo tempo a condição de que depende o seu exercício.

Adicionalmente, se se tratasse de um negócio jurídico condicionado, a obrigação de dar preferência não seria qualitativamente diferente da obrigação de contratar: "tratar-se-á, pelo contrário, de um verdadeiro dever condicionado de contratar, resultando o pacto de preferência numa verdadeira promessa unilateral condicionada"[150].

Mas a principal razão pela qual esta corrente doutrinária parece equivocada, conforme apontado por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, é que "enquanto a condição é elemento exterior ao negócio, como cláusula acessória da convenção", os eventos que se costuma apontar como condições suspensivas as quais a eficácia do direito de preferência estaria subordinada "fazem parte essencial do esquema do pacto de preferência". Justamente por isso é que "algumas das normas típicas do regime da condição e do negócio condicional não são aplicáveis aos pactos de preferência"[151].

De fato, o titular de um direito sob condição suspensiva pode "praticar os atos destinados a conservá-lo" (artigo 130 do Código Civil, *in fine*). Além disso, pendente a condição suspensiva, não terão valor novas disposições da coisa, se incompatíveis com a condição (artigo 126 do Código Civil). Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, "o objetivo do dispositivo em exame [...] é preservar o efeito que se espera com o implemento da condição. [...] Daí por que no caso de, pendente a condição, serem penhorados os bens objetos da disposição condicionada, se a condição vier a se realizar, a penhora não subsistirá". Outro exemplo de incidência do artigo 126 do Código Civil seria o caso "de atos que possam importar na transmissão da titularidade a um terceiro, estranho ao negócio jurídico condicional, praticados enquanto pendente a condição suspensiva, eis que se resolve para o terceiro a aquisição com o implemento da

[148] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 308-309.
[149] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 300.
[150] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 306.
[151] *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., p. 393. No mesmo sentido a lição de António Menezes Cordeiro, ao ressaltar que o regime das "condições", na relação de preferência, não coincide com o das condições próprias, espécie de elemento acidental dos negócios jurídicos (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 533).

condição"[152].

Essas características do regime do direito condicional parecem não se ajustar ao instituto da preferência. Como aponta AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, "quem estiver vinculado a dar preferência a outrem na venda de certo bem pode doá-lo, trocá-lo ou até destruí-lo, como também o pode hipotecar ou dar de penhor". A limitação à liberdade contratual do sujeito passivo, como visto, limita-se à celebração de contratos preferíveis. "A existência de uma relação de preferência limita a liberdade de disposição do bem que dela é objeto, mas ninguém sustenta a existência de limites à liberdade de uso e fruição do bem pelo obrigado à preferência"[153].

Os fatos comumente erigidos como condição ou condições que subordinam a eficácia do direito de preferência, na verdade, assumem papel essencial na relação prelatícia. Na lição de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, enquanto a condição é, por sua própria natureza, um elemento acidental do negócio jurídico, o qual, por esta razão, deveria permanecer íntegro em sua estrutura e função se a condição fosse eliminada, "verifica-se que os efeitos típicos da preferência não se produziriam se se excluísse a vontade de contratar do promitente, a *denuntiatio*, as negociações, o projecto de contrato com terceiros ou a declaração do promissário de pretender exercer o seu direito". Dito de outro modo, "estes elementos, ou pelo menos alguns deles, desempenham uma função essencial na estrutura e regime da relação de preferência. Ora, se os factos erigidos em condição afectam a essência do negócio, são parte da sua *facti-species*, e, logo, não podem ser condições, mas elementos típicos desse negócio". Sem eles, a relação prelatícia restaria desnaturada. "O carácter eventual do dever de dar preferência é algo intrínseco ao instituto, e que, portanto, é algo que faz parte do seu modo de ser, não podendo ser tratado como um facto acessório" [154].

---

[152] *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 258-259.

[153] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 310. De maneira semelhante, para Mario Neves Baptista, o obrigado à preferência "pode, efetivamente, dela [da coisa sujeita à preferência] servir-se como bem lhe aprouver, dando-lhe o destino e emprego que lhe parecer mais conveniente, gravá-la de servidões, hipotecas e outros ônus reais" (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 69). Como será visto adiante (Cap. II, item 2.2, em nota de rodapé), entretanto, o comportamento do obrigado à preferência deve ser apreciado à luz da boa-fé objetiva.

[154] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 311e p. 324. Aponta o autor a origem francesa e italiana dessa corrente doutrinária, que visualizou nos fatos até então qualificados como condições os elementos essenciais típicos da prelação. No mesmo sentido: (i) CATRICALÀ, António. "Patto do preferenza". In: *Enciclopedia del diritto*. V. 32. Milão: Giuffrè, 1982, p. 514; (ii) TAMBURRINO, Giuseppe. *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 114 e ss.; e (iii) DAGOT, Michel. *Le pacte de préférence*. Paris: Litec, 1988, p. 6. Para Pontes de Miranda, a preferência não se reduz à "compra sob condição suspensiva (compra-e-venda duplamente suspensiva, em caso de ir vender o outorgante o bem e de declarar o outorgado que quer comprar). [...] Os juristas que vêem, à base do direito de preferência, compra sob dupla condição suspensiva, transformam em condição ao direito o que só diz respeito ao exercício e tornam condição o exercício mesmo (manifestação de vontade do preferente)" (*Tratado de direito privado*. T. XXXVIII, cit., p. 509 e p. 512).

1.6.3 *As teorias do direito de crédito correspondente a um non facere*

Enquanto parte da doutrina visualiza a relação prelatícia como condicional, uma segunda vertente teórica argumenta que o dever a cargo do sujeito passivo, instituído pela relação de preferência, assumiria cunho negativo, isto é, um *non facere* jurídico. A obrigação do sujeito passivo seria, assim, a de não contratar sem, antes, conceder preferência. Daí decorreria que a preferência só seria violada quando o sujeito passivo efetivamente celebrasse o contrato preferível com o terceiro. Nas palavras de LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "a preferência só é violada quando é celebrado um contrato incompatível com a preferência, o que nos leva a preferir a posição de que constitui uma obrigação de conteúdo negativo"[155].

Confira-se, nesse sentido, a posição de CARLOS LACERDA BARATA: "se a violação do pacto de preferência (como o inadimplemento de uma obrigação legal de preferência) ocorre com a celebração do negócio jurídico com terceiro, há que concluir estarmos em presença de uma obrigação com conteúdo negativo". Isto porque "a prestação a cargo do sujeito passivo consiste numa abstenção que lhe impõe o dever de prescindir de um acto que, em termos gerais, caso não existisse essa obrigação, teria direito a realizar"[156].

De maneira semelhante, aduz LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES que da relação de preferência "nasce uma obrigação típica de não fazer (*non facere*): a obrigação de o devedor não contratar com terceiro se, em condições de igualdade, o credor se dispuser a fazê-lo". Por esta razão, "o direito de preferência desse credor, correlato à aludida obrigação, empresta, assim, ao bem objeto da relação contratual, caráter de inalienabilidade relativa e pessoal". Relativa porque "não lhe retira a negociabilidade, senão em face exclusivamente do interesse pessoal do titular da preferência"[157].

---

[155] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 249.

[156] *Da obrigação de preferência*, cit., p. 155. Em sentido semelhante, ao tratar do direito de preferência dos Municípios estabelecido pelo Estatuto da Cidade, afirma Diógenes Gasparini: "pelo direito de preempção é imposta ao proprietário do imóvel urbano, situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor, uma abstenção: não aliene onerosamente esse imóvel a particulares antes de oferecê-lo ao Município" ("Direito de preempção", cit., p. 61). A corrente do dever negativo também encontra adeptos na Itália, a exemplo de Giovanni Bonilini, Antonio Giovati, Alberto Guiotto e Andrea Mora (*La prelazione volontaria*, cit., p. 38 e ss.).

[157] "Pacto de preferência em estatuto social". In: *Pareceres*. V. 2. São Paulo: Singular, 2004, p. 885. De maneira semelhante, para Corinne Saint-Alary-Houin, "Le droit de préemption est générateur d'une inaliénabilité 'intuitu personae'. [...] Mais l'inaliénabilité résultant de la préemption est tout à fait particulière car elle est relative. Um même bien parfaitement transmissible au préempteur est incessible à tout autre que lui" (*Le droit de préemption*, cit., p. 292). Em tradução livre: "O direito de preferência é gerador de uma inalienabilidade 'intuitu personae'. [...] Mas a inalienabilidade resultante da preferência é peculiar, pois relativa. Um mesmo bem, perfeitamente transmissível ao preferente, é intransmissível a qualquer outro que não ele mesmo".

Ocorre que a decisão concreta do sujeito passivo em concluir o contrato preferível em certos termos, conforme ajustado com terceiro, não é um fato proibido, muito pelo contrário, é justamente o evento que irá desencadear os mecanismos típicos da preferência. O interesse do preferente, tutelado pelo ordenamento, não é o de impedir o sujeito passivo de contratar, mas sim o de ser preferido na contratação.

Se o interesse subjacente do preferente fosse apenas o de evitar a celebração do contrato preferível com o terceiro, eventual distrato da avença celebrada em violação à preferência deveria ser suficiente para satisfazê-lo. Entretanto, como será visto no Capítulo II, item 3.6, *infra*, o direito do preferente permanece íntegro mesmo com o desfazimento do contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro, justamente, dentre outras razões, porque a tutela que o ordenamento concede ao preferente visa a lhe garantir prioridade na celebração do contrato projetado, e não limitar a liberdade contratual do sujeito passivo no sentido de impedir a contratação com o terceiro sem antes conceder prioridade ao preferente.

Além disso, "a existência de um dever de comunicar é inexplicável no contexto de uma relação jurídica em que o sujeito passivo está vinculado a um dever de não contratar"[158].

Como se isso não bastasse, se se tratasse a obrigação do sujeito passivo de um simples *non facere*, o preferente somente poderia exigir a execução específica de seu direito diante da contratação indevida entre sujeito passivo e terceiro, pois somente neste momento haveria a violação do direito de preferência. Se a obrigação de preferência fosse negativa, poderia o devedor recuar em suas intenções mesmo após a declaração positiva do preferente. Isto, na prática, retiraria por completo a efetividade da preferência com efeitos meramente obrigacionais, já que, no momento em que o preferente pudesse executar especificamente o seu direito, isto é, após a contratação indevida entre sujeito passivo e terceiro, lhe restaria apenas a via ressarcitória. Como será visto no momento oportuno (Capítulo III, item 2.3, *infra*), a execução específica do direito de preferência não está subordinada à alienação indevida do bem objeto do contrato preferível a terceiro, como querem fazer parecer alguns. Como afirma AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, "estas regras provam claramente que o interesse tutelado pela lei é o interesse do credor na realização do contrato projectado, e não o interesse em impedir o obrigado à preferência de contratar"[159].

Assim, a prestação principal a cargo do sujeito passivo, de preferir o sujeito ativo desde que este acompanhe os termos e condições ajustados com terceiro, como explica

[158] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 320. No mesmo sentido: ALESSI, Rosalba. "Prelazione e riscatto: un'ipotesi de esecuzione in forma specifica?". In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 29. Milano: Giuffrè, 1975, p. 430.
[159] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 320.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, é "um *facere* jurídico. Não é exacto, contra o que defendem os seguidores da prestação negativa, que o incumprimento do preferente [*sic* vinculado à preferência] (só) surja quando ele contrate com o terceiro". Isto porque "tal incumprimento ocorre caso o obrigado à preferência, depois de o preferente ter emitido a sua declaração de preferência, se recusar a celebrar o contrato definitivo". Além disso, seria desconforme com o sistema "ver, na preferência, um objectivo geral de não contratar com terceiro. Tal contratação só é condenável porque impede o contrato definitivo com o preferente"[160]. Nas palavras de ANA PRATA, "reduzir o comportamento devido [...] à abstenção da realização do negócio com terceiros [...] representaria um empobrecimento da figura, que redundaria na sua desfuncionalização"[161].

Em síntese, se as teorias do direito de crédito condicionado parecem transformar elementos essenciais do instituto da preferência em condições em sentido técnico, as teorias do direito de crédito a que corresponde uma prestação negativa a cargo do sujeito passivo também não explicam como esse dever negativo poderia dar azo à tutela do interesse do preferente em ser preferido na contratação com o sujeito passivo, contentando-se com uma descrição da relação de preferência reduzida à sua fase inicial. No seu sentido técnico, bem como no sentido comum, preferência exprime a ideia de prioridade, e a abstenção do devedor em contratar não cria qualquer situação de prioridade, de modo que não é por meio dessa abstenção que o vinculado à preferência cumpre a obrigação a que está adstrito.

Como o recurso exclusivo à figura de um direito de crédito não é apto a explicar de modo convincente a singularidade e o desenrolar da relação prelatícia, a evolução natural foi qualificar a preferência como um direito potestativo, como o fez parte da doutrina. É o que se verá em seguida.

1.6.4 *As teorias do direito potestativo*

Como relata AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, grande parte dos autores que visualizam, na relação prelatícia, um direito potestativo, afirma que se trata de um direito do preferente de se substituir ao terceiro no contrato celebrado em violação à preferência. Tal direito potestativo, então, restringir-se-ia àquelas situações em que o direito de preferência é dotado

[160] *Tratado de direito privado*. V. 2. T. II, cit., pp. 534-535.
[161] PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 367.

de eficácia real. Além disso, o direito estaria restrito a um momento avançado da relação de preferência, no contexto da ação homônima, quando o preferente, diante da violação de seu direito, recorre à via judicial. Entretanto, "isolar na preferência a sua fase patológica e emprestar-lhe uma qualificação que parece esquecer tudo o que existe antes desse momento não ajuda a esclarecer o problema da natureza jurídica do direito de preferir"[162].

Como o direito potestativo surgiria apenas com a alienação do bem objeto do contrato preferível a terceiro, o direito de preferência nasceria da sua própria violação, o que não parece fazer sentido. Além disso, a teoria em nada esclarece a natureza jurídica do direito de preferência de origem convencional, em que não há a possibilidade de o preferente exigir a execução específica de seu direito após a celebração do contrato entre sujeito passivo e terceiro, restando-lhe apenas a via ressarcitória.

O que o posicionamento desses autores faz parecer é que haveria, na relação de preferência, dois direitos diferentes: um direito de crédito, que autorizaria o preferente a exigir a celebração do contrato preferível antes da violação de seu direito, com a conclusão do contrato entre sujeito passivo e terceiro, e outro direito, potestativo, surgido apenas após esta violação, que autorizaria o preferente a substituir-se ao terceiro no contrato celebrado[163].

Outros autores, defendendo tratar-se a preferência de um direito potestativo, são um tanto quanto vagos, afirmando apenas que a preferência seria um exemplo típico de direito potestativo, ao lado de outros como o direito de denunciar um contrato celebrado por prazo indeterminado, ou o direito de escolha nas obrigações alternativas[164].

Nesse sentido, relata ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO que "muito presente, na moderna literatura, é a teoria do direito potestativo: o preferente receberia, na realidade, o poder de, unilateralmente, fazer nascer determinada relação jurídica". Entretanto, "esta orientação surge um tanto vaga: a presença de um direito potestativo é comum perante o destinatário de qualquer proposta, assim como potestativa é a reacção ao incumprimento: na promessa, na preferência, e nos diversos contratos"[165].

O grande mérito das teorias do direito potestativo foi a constatação de que a relação

---

[162] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 333.

[163] É o que decorre de certas lições de doutrina, apesar de nenhum autor sustentar este posicionamento de maneira clara. Esta seria, por exemplo, a posição de João de Matos Antunes Varela, que num primeiro momento qualifica a preferência como um direito de crédito, e num segundo momento a trata como um direito potestativo, sem, contudo, explicar se se estaria diante de dois direitos diferentes, como se articulam esses dois direitos, etc. (*Das obrigações em geral*. V. 1, cit., pp. 377-378).

[164] BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos". In: *Revista de direito privado*. V. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002, p. 178, em nota de rodapé.

[165] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 533.

prelatícia contém, em si, um momento potestativo[166]. Entretanto, a forma com que a maior parte dos partidários desta corrente vem explicando o instituto não parece satisfatória. Nas linhas a seguir, será exposta a vertente teórica que parece explicar de maneira mais consistente a relação prelatícia, desenvolvida por AGOSTINHO CARDOSO GUEDES. Para este autor, a relação de preferência, por ser complexa, apresenta um momento potestativo e um creditício, que se articulam de um modo bastante peculiar e característico do instituto da preferência.

1.6.5 *A teoria do direito potestativo constitutivo de um direito de crédito*

A relação de preferência, como mencionado, é complexa. Além de sua instituição em lei ou via celebração de negócio jurídico, para que seja possível o exercício do direito de prelação nela consubstanciado, é necessário que estejam presentes certas circunstâncias.

Como explica AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, o direito de preferência, que poderá ser exercido por seu titular desde que preenchidos certos pressupostos (cf. Capítulo II, item 1, *infra*), assume a natureza não de um direito creditício, tampouco de um simples direito potestativo, mas sim de um "direito potestativo constitutivo de um direito de crédito".

Num primeiro momento, em que já preenchidos os pressupostos necessários ao exercício do direito (em apertada síntese, a intenção do sujeito passivo em celebrar o contrato preferível, conforme termos e condições ajustadas com terceiro), o preferente tem a seu dispor um direito potestativo, que se concretiza mediante a declaração de preferir, por meio da qual o sujeito ativo manifesta a intenção de contratar com o sujeito passivo. Na pendência do direito potestativo do preferente, o sujeito passivo nada tem a fazer, numa típica situação de sujeição, senão aguardar o exercício do direito. É somente com a declaração positiva do preferente, isto é, com o exercício de seu direito potestativo, que surge para o sujeito passivo o dever de com ele contratar. Daí se falar em direito potestativo *constitutivo* de um direito de crédito (direito de contratar com o sujeito passivo).

Para fundamentar sua teoria, o autor recorre à lição de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, para quem, antes da declaração do preferente, existe "um direito de natureza potestativa, de cujo exercício, traduzido numa declaração de vontade do respectivo titular, dirigida ao sujeito

[166] Como recorda Pontes de Miranda, "[o]s direitos potestativos são relativos: exercem-se contra determinada pessoa, inclusive, às vezes, contra si mesmo; mas resultam, sempre, de relação jurídica com determinada pessoa" (*Tratado de direito privado*. T. V. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 316).

vinculado à preferência, nasce uma nova obrigação a cargo deste – a obrigação de realizar o contrato de alienação com o preferente". Assim, "o preferente, através da declaração negocial dirigida ao exercício da prelação, [...] faz nascer [...] uma relação creditória" [167].

Parece compactuar com este entendimento, ao menos neste ponto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ao tratar da preferência de origem convencional: "verificados os pressupostos, o preferente recebe o direito potestativo de preferir. Mas isso não esgota a preferência obrigacional, bem pelo contrário: tal direito potestativo é o passo final de um *iter* complexo que compõe o conteúdo da preferência [...], que se assume como duradoura e complexa"[168]. O que o autor não chega a esclarecer é que, após o exercício do direito potestativo, constitui-se na esfera jurídica do vinculado à preferência uma obrigação de contratar com o sujeito ativo.

Vale referir, ainda, a lição de LUÍS MIGUEL MONTEIRO. Para o autor, "no que ao direito de preferência diz respeito, é corrente a sua caracterização como direito potestativo. É, contudo, possível decompor a situação que lhe está subjacente em momentos diversos". Assim, "é possível isolar o direito potestativo de fazer nascer, a cargo do obrigado à preferência, o dever de celebrar com o preferente o contrato preferível"[169].

Em suma, verificados os pressupostos necessários à efetividade do direito do preferente, o que há, aí, é um

> "(...) direito potestativo constitutivo, o qual, exercido regular e tempestivamente, tem como efeito a criação a cargo do sujeito passivo do dever de realizar com o preferente o contrato projectado antes ajustado com terceiro, assim se efetivando a tal prioridade em benefício do sujeito ativo que a locução preferência traduz e que a relação homônima visa assegurar"[170].

Fixada a natureza jurídica que mais parece se coadunar com o instituto da preferência, passa-se, no Capítulo seguinte, a tratar do desenrolar da relação prelatícia, do seu passo a

---

[167] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 212-213. Mais adiante, ao tratar especificamente dos direitos de preferência oponíveis perante terceiros, continua o autor: "o direito de preferência dotado de eficácia *erga omnes* não pode qualificar-se como um puro e simples direito potestativo. Trata-se, antes, de uma relação jurídica complexa, integrada por direitos de crédito e direitos potestativos, que visam proporcionar e assegurar ao preferente uma posição de prioridade na aquisição, por via negocial, de certo direito, logo que se verifiquem os pressupostos que condicionam o exercício da prelação" (*Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 225). Em sentido semelhante: ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito de preferência do arrendatário". In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; GOMES, Januário da Costa (org.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*: direito do arrendamento urbano. V. 3. Coimbra: Almedina, 2002, p. 260 e ss.

[168] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 534.

[169] *Direitos e obrigações legais de preferência no novo regime jurídico do arrendamento urbano (RAU)*. Lisboa, 1992, p. 17 e ss. Disponível em <http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/339.pdf>. Acesso em 17 nov. 2011.

[170] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 348.

passo, isto é, os pressupostos necessários à efetividade do direito potestativo constitutivo do preferente, a comunicação para exercício da preferência ou *denuntiatio*, e a declaração do sujeito ativo por meio da qual ele manifesta a sua intenção, ou não, de preferir.

2 A PREFERÊNCIA COMO RELAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA

"*Conhecer o caminho não dispensa o percurso*".

Provérbio francês

2.1 **Constituição do direito de preferência: pressupostos gerais**

A relação de preferência, nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "se assume como duradoura e complexa". Ao lado da obrigação principal de dar preferência, há prestações secundárias que devem ser seguidas, como proceder à comunicação. Além disso, "o obrigado deve observar deveres acessórios de segurança, de lealdade e de informação que podem, mesmo, envolver terceiros. Trata-se [...] do *modus prelationis*"[171].

Num primeiro momento, entretanto, a relação prelatícia, instituída pela lei ou pela celebração de um negócio jurídico, não constitui, ainda, direitos efetivos para o preferente[172]. Daí ter afirmado MARIO NEVES BAPTISTA, há quase sete décadas, que entre o sujeito passivo e o preferente "existe unicamente uma relação jurídica latente"[173].

A rigor, o principal efeito instituição de uma relação de preferência é atribuir relevância jurídica a fatos que, até então, não eram relevantes. Assim, se em princípio, e excetuadas eventuais limitações específicas, as partes são livres para concluir contratos, com a celebração de um pacto de preferência, ou diante de uma situação jurídica à qual o legislador

---

[171] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 535.

[172] Na lição de Manuel Henrique Mesquita, ao tratar dos direitos legais de prelação, "[d]e um direito de preferência verdadeiro e próprio só pode falar-se quando se verifiquem, em concreto, os pressupostos a que a lei o subordina" (*Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 207). Acrescentem-se, no caso de direito de preferência convencional, os pressupostos a que o pacto o subordina. Em sentido semelhante: (i) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 171; e (ii) AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato", cit., p. 302. Para os dois últimos, ao tratarem do pacto de preempção, respectivamente, "[o] direito de preferência é direito formativo gerador que não existe antes da intenção do comprador de vender a coisa", e "só existirá o direito de preferência a partir do momento em que o primitivo comprador [isto é, o vinculado à preferência] quiser vender ou dar em pagamento a coisa comprada". Confira-se, ainda, a lição de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: "[o] direito de preferência só surge caso o obrigado tome a decisão de celebrar o contrato em relação ao qual tenha concedido a preferência" (*Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 241). Apesar de alguns desses autores aludirem à "inexistência" do direito de preferência antes do preenchimento de certos pressupostos, tecnicamente, parece mais correto afirmar que o direito de preferência, com a sua previsão legal ou contratual, já existe no mundo jurídico, muito embora não possa, ainda, ser exercido, justamente pelo fato de o seu exercício depender do preenchimento de certos pressupostos fáticos. Preenchidos tais pressupostos, constituído estará o direito de preferência, o que significa dizer que ele poderá, na prática, ser exercido. Conforme esclarecido no Capítulo I, item 6.2, *supra*, esses pressupostos não devem ser encarados como condições típicas, mas sim como elementos fundamentais da relação prelatícia, que é complexa. Diversamente, nesse ponto, pensa Agostinho Cardoso Guedes, para quem o direito de prelação sequer existiria antes do preenchimento desses elementos. Para o autor, "a simples celebração do acordo [ou da previsão legal] não dá lugar à constituição de qualquer direito, ainda que condicionado. Essa constituição do direito (e não a sua simples eficácia) fica dependente de um conjunto de fatos" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 315).

[173] *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 69.

associe um direito de prelação, reduz-se a liberdade contratual do sujeito passivo. A liberdade contratual não se restringe à decisão sobre o ato em si de contratar (liberdade de contratar), mas abrange igualmente a escolha do outro contratante, além da fixação do conteúdo do contrato[174]. Estabelecida a relação de preferência, mantém-se a liberdade de contratar do sujeito passivo[175], restando limitada, todavia, sua escolha quanto ao outro contraente, já que deverá ser oferecida ao preferente a oportunidade de celebrar o contrato nos mesmos termos e condições do acordo projetado com o terceiro. Surgida, assim, a relação de preferência, a decisão do sujeito passivo em contratar passa a acarretar um efeito jurídico, até então inexistente.

Para que o direito de preferir seja exercitável, tutelável juridicamente, garantindo-se ao sujeito ativo prioridade sobre um terceiro na celebração de determinado contrato, em paridade de condições, exige-se, além da presença de uma relação de preferência, o preenchimento de certos pressupostos (condições segundo alguns – cf. Capítulo I, item 6.2, *supra*), necessários à efetividade do direito. Uma vez verificados esses fatores, "os efeitos jurídicos a eles associados produzem-se *por causa* do pacto de preferência"[176]. Para MICHEL DAGOT, apesar de o direito de preferência já existir desde a instituição legal ou contratual da relação prelatícia, a eficácia do direito depende da presença de fatos que, embora qualificados por alguns como condições, são, em realidade, parte de um processo de formação progressiva do direito[177].

Cumpre determinar, então, com precisão, quais são esses pressupostos que, uma vez preenchidos – ressalvadas situações excepcionais, em que a lei ou o pacto erigem em pressupostos fatores adicionais[178] –, levam à constituição efetiva do direito de preferência.

---

[174] Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 6.

[175] Ao comentar o pacto de preempção, adjeto à compra e venda, Álvaro Villaça Azevedo constata essa prevalência da liberdade de contratar do sujeito passivo: "é preciso que o comprador [sujeito passivo], quando obrigado por essa cláusula, queira vender ou dar em pagamento a coisa comprada, para que exista o direito do vendedor [preferente] de comprá-la. [...] A cláusula de preempção jamais será operada se nunca quiser vender ou dar em pagamento esse objeto" ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 302).

[176] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 352, grifo no original. Lembra o autor, ainda, que essa constituição diferida e eventual de direitos potestativos "é perfeitamente comum (veja-se o caso de direitos modificativos, ou alguns direitos extintivos – o direito de resolução do contrato, p. ex.); a especificidade do pacto de preferência resulta do facto de estar em causa o direito principal, que identifica e caracteriza a relação jurídica" (*Ibid*, pp. 352-353).

[177] *Le pacte de préférence*, cit., p. 115.

[178] "A constituição de direitos de preferência legais pode depender ainda de certos condicionalismos previstos nas normas que criam esses direitos. [...] A determinação dos pressupostos de constituição de certo direito de preferência de fonte convencional só estará completa se a respectiva análise englobar o conteúdo do respectivo pacto, tendo em vista averiguar a existência de outros factos que os contraentes possam ter erigido em pressupostos de constituição do direito de preferir" (GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 353).

Diante da ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de legislação destinada a regular, de maneira geral, a relação de preferência, legal ou contratual[179], inexistindo, assim, dispositivo legal que traduza os pressupostos necessários à constituição do direito de prelação, é preciso inferi-los de normas específicas. Cabe, então, extrair tais pressupostos dos dispositivos que regem (i) as diversas espécies de direitos de preferência legais, a exemplo da prelação garantida ao locatário de imóvel urbano e ao condômino de bem indivisível[180], e (ii) certos pactos de preferência, como o direito de prelação inserido em acordos de acionistas e o pacto de preempção, adjeto à compra e venda[181].

O primeiro pressuposto da constituição do direito de preferência a que conduz a análise dessas disposições é a decisão livre do sujeito passivo da relação de preferência em alienar o bem objeto da prelação, como parece indicar a primeira parte do artigo 27 da Lei de Locações, ao prever que "[n]o caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado [...]", bem como o *caput* do artigo 513 do Código Civil, ao dispor que "[a] preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use seu direito de prelação na compra, tanto por tanto". Vê-se, assim, que a decisão do sujeito passivo em celebrar o contrato objeto da prelação é fundamental na relação de preferência.

Não basta, entretanto, a decisão de alienar. É necessário, também, um projeto efetivo de contrato, a presença de uma possibilidade concreta, isto é, que o sujeito passivo tenha

---

[179] Como esclarece Fábio Ulhoa Coelho, "a disciplina do direito de preempção abrigada nos arts. 513 a 520 do Código Civil não se aplica às hipóteses em geral de preferência" (*Curso de direito civil*. V. 3, cit., p. 158).

[180] Respectivamente, Lei de Locações, artigos 27 a 34, e Código Civil, artigo 504.

[181] Respectivamente, Lei das S.A., artigo 118, *caput*, e Código Civil, artigos 513 a 520. Uma corrente minoritária, entretanto, visualiza o pacto de preempção como um direito legal de preferência: "outra questão de grande relevância e que não está clara no enunciado do art. 513 consiste em saber se o direito de preferência do ex-proprietário é de natureza contratual ou legal. [...] Entendemos que o direito à preferência resulta de norma cogente, vale dizer, o vendedor terá a preferência em virtude do próprio dispositivo do art. 513, que fala em obrigação sem mencionar em qualquer momento contrato ou pacto. Assim, devemos entender que a preferência neste caso é de natureza legal e prescinde de contrato" (ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*: dos contratos. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 138). Esta posição, ao que parece, não se sustenta, tendo em vista, de um lado, a inserção da "Subseção III – Da preempção ou preferência" em Seção do Código Civil intitulada "Das cláusulas especiais à compra e venda" e, de outro lado, o despropósito em exigir que toda e qualquer venda ou dação em pagamento, de bens móveis ou imóveis, sujeite o vendedor a oferecer preferência ao antigo proprietário do bem. Nesse sentido, dentre outros, Paulo Luiz Netto Lôbo: "são requisitos do exercício do direito de preferência [pacto de preempção]: a) existência de cláusula expressa no contrato de compra e venda da coisa, que atribua o direito ao vendedor [...]" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 171). Enquanto, para alguns, o pacto de preempção é "cláusula em absoluto desuso" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V. 3, cit., p. 157), para outros, ele "se insere muito frequentemente nas vendas civis" (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil II*: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito, fim de 1943-1945, os contratos. Rio de Janeiro: São Paulo, 1978, p. 240).

decidido alienar em determinadas condições[182]. É o que se infere de normas como o referido artigo 513 do Código Civil, ao dispor, na parte final de seu *caput*, que a preempção será exercida "tanto por tanto", e o artigo 504 do mesmo diploma legal, que, regulando o direito de preferência do condômino, determina que "não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto".

O exercício da preferência em paridade de condições, além de indicar que é imprescindível, para a constituição efetiva do direito, uma decisão do sujeito passivo de contratar em certos termos – com base nos quais será exercida a paridade pelo preferente –, denota o terceiro pressuposto da constituição do direito de prelação, que é justamente a presença de um terceiro interessado no negócio, com o qual o sujeito passivo tenha ajustado um projeto de contrato.

Significa dizer, por outras palavras, que mesmo tendo o sujeito passivo decidido alienar o bem objeto da prelação, e ainda que ele tenha definido as condições em que pretende fazê-lo, qualquer comunicação ao preferente nesse sentido será, no máximo, uma proposta de alienação, um convite a contratar. Ausente um terceiro interessado em adquirir o bem nas condições pretendidas pelo sujeito passivo, não se estará chamando o preferente a preferir, mas sim a contratar[183]. É típico do instituto que o exercício da prelação ocorra em detrimento de um terceiro, interessado em celebrar o contrato com o sujeito passivo em certos termos, até porque eles servirão de base à concretização do contrato com o preferente. Aliás, para

---

[182] Cf. Manuel Henrique Mesquita: "um pressuposto sempre imprescindível [do direito de preferência] é que esteja projectado, tendo as partes chegado já a completo acordo, um daqueles negócios que originam a preferência" (*Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 207). Em sentido semelhante: GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 357.

[183] Para Paulo Luiz Netto Lôbo, em comentário ao artigo 513 do Código Civil, não haveria impedimento de "o vendedor [preferente] aceitar o preço, ainda que não existindo interessado em comprar a coisa. Porém, se o titular do direito de preferência exigir, terá o comprador [sujeito passivo] de comprovar a existência de interessado em comprar a coisa segundo os valores apresentados" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., pp. 171-172). Em sentido semelhante a lição de Agostinho Cardoso Guedes, para quem "se o sujeito passivo simplesmente decidiu contratar, e ainda que tenha definido em que condições o pretende fazer, qualquer aviso que ele faça ao preferente a esse respeito [...], quando muito, será uma simples proposta de alienação. [...] [P]ropostas ou convites a contratar apresentados ao preferente, sem ligação com qualquer projecto de contrato negociado com terceiro, não podem ser considerados comunicações para preferir" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 358 e p. 474). Confira-se, também, a posição de Carlos Lacerda Barata: "[n]ão constitui pois comunicação do projecto de venda e das cláusulas do respectivo contrato, a mera conversa ou a informação em que, por modo genérico, reticente, ou incompleto o obrigado à preferência exteriorize uma intenção de contratar" (*Da obrigação de preferência*, cit., pp. 118-119). Para João de Matos Antunes Varela, "[é] preciso não confundir, como na prática muitas vezes sucede, a notificação para preferência [...] com a proposta de contrato que o obrigado à preferência dirija ao preferente antes de ter qualquer projecto ajustado de venda com terceiro. [...] Quando assim suceda, não existe ainda notificação para preferir, mas simples proposta para contratar" (*Das obrigações em geral*. V. 1, cit., pp. 380-381). No mesmo sentido: (i) LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 238; e (ii) CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 492. Por último, para Pontes de Miranda, "[o] direito formativo gerador, nas preferências, só se exerce se há a situação prevista de concorrência" (*Tratado de direito privado*. T. XXXVIII, cit., p. 509).

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, o desencadear do procedimento de preferência demanda uma proposta firme e completa de contrato, formulada pelo terceiro ao obrigado à preferência ou vice-versa[184].

Em suma, para que o direito de preferir, até então previsto potencialmente na lei ou no contrato, possa ser exercido pelo sujeito ativo, é preciso que o vinculado à preferência tenha tomado a decisão de celebrar o contrato objeto da prelação, em determinadas condições, e que esta decisão se refira a um projeto concreto de contrato, já com seus "termos essenciais perfeitamente definidos em relação a uma terceira pessoa ou entidade determinadas ou determináveis"[185].

Significa dizer que, apesar de a existência do direito de preferência, no mundo jurídico, ser simultânea à sua previsão legal, ou à celebração do pacto de prelação, o direito somente passa a poder ser exercido pelo preferente quando preenchido o seu suporte fático de incidência[186].

Na prática, para que seja viável verificar se os pressupostos necessários ao exercício do direito de preferência foram preenchidos, a decisão do sujeito passivo terá de se materializar, isto é, é preciso que o sujeito passivo, de alguma forma, exteriorize sua decisão definitiva em contratar em determinadas condições, conforme o contrato projetado com terceiro. Isso não significa, contudo, que a constituição do direito de preferir dependa deste ato, do qual se infere a decisão de contratar: "o acto externo que traduz a decisão de contratar é apenas uma consequência ou execução da mesma"[187].

---

[184] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 494. No Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, já se afirmou que "as tratativas entre as partes não geram direito [de preferência] ao inquilino" (TAC2/SP, 7ª CC, AC 251.695-1, Rel. Juiz Demóstenes Braga, j. 22.12.1989, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 65).

[185] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 359.

[186] Nas palavras de José Pinto Loureiro, "o direito de preferência convencional ingressa no património do seu titular no momento em que se realiza o negócio de que promana. O direito de preferência legal, resultando de uma situação objectiva a que a lei atribui certos efeitos, surge para a realidade jurídica e entra no património do seu titular no momento em que aquela situação objectiva (compropriedade, enfiteuse, encravamento de prédios, etc.) se verifica. Num caso e noutro, [...] o direito não produz desde logo todos os seus efeitos, aguardando para tanto a realização das condições de que depende o seu exercício" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., p. 95). Ao tratarem do direito de preferência convencional, estas posições são defendidas por (i) Nagib Slaibi Filho: "[h]á que distinguir entre a existência do direito de preferência (o que decorre da simples existência do contrato de locação ainda que não seja escrito) e os seus efeitos (pois os efeitos vão depender de determinadas circunstâncias, como, por exemplo, o decurso do prazo, a oferta do locado e, até mesmo, a inscrição da locação no registro de imóveis)" (*Comentários à nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 234); (ii) Helder Martins Leitão (*Da acção de preferência*. 7. ed. Coimbra: Almeida & Leitão Lda., 2009, p. 41); e (iii) Pontes de Miranda: "em todos [os pactos de preferência] há, como efeito, o direito formativo gerador, cujo exercício nasce ao querer o outorgante alienar o bem e estar em via de aliená-lo. Não é o direito que nasce a esse momento. O direito formativo gerador já nasceu. O que está em suspenso é o seu exercício" (*Tratado de direito privado*. T. XXXVIII, cit., p. 508).

[187] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 360. O autor cita, ainda, dois autores italianos que se pronunciam em idêntico sentido, no contexto do direito de preferência atribuído ao

Em regra, a intenção de celebrar o contrato objeto da preferência será materializada pelo envio de notificação, judicial ou extrajudicial, ao sujeito ativo, mas é possível que a exteriorização da vontade do sujeito passivo venha a ser conhecida por outros meios, como uma declaração expressa sua, que chegue ao conhecimento do preferente, no sentido de que pretende contratar com terceiro em certas condições, ou até mesmo a própria celebração do contrato com terceiro, em violação ao direito de preferência[188].

Daí se vê que, diversamente do defendido por parte da doutrina[189], a comunicação ao sujeito ativo, via notificação, não é pressuposto da constituição de seu direito de prelação. Na lição de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, "parece razoável considerar que o direito potestativo de preferência não é consequência da comunicação, mas sim de um facto anterior a esta"[190]. Para ANA PRATA, não é correto dizer que "a notificação desencadeie qualquer transformação do direito do preferente, ou dito por outro modo, que seja a *denuntiatio* a condição de vencimento da obrigação de preferência"[191]. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, por sua vez, ratifica: "claro que pode exercer-se o direito de preferência ainda que o seu titular tenha conhecimento do projecto de negócio através de um meio diverso da comunicação"[192]. A notificação para preferência, como será esclarecido adiante, representa um dever de conduta do sujeito passivo, fruto da boa-fé objetiva, pelo qual o preferente é informado de que seu direito se constituiu.

Considerar que a notificação é pressuposto da constituição do direito levaria a consequências incoerentes. Em primeiro lugar, o preferente, mesmo tendo tomado conhecimento, por outros meios, da intenção inequívoca do sujeito passivo em celebrar o

---

locatário: TERZAGO, Gino; MOLINARI, Massimo. *Diritto di prelazione e riscatto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1990, p. 165.

[188] Agostinho Cardoso Guedes cita, ainda, a celebração, pelo sujeito passivo, de um contrato-promessa ou de um pacto de opção com um terceiro (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 360).

[189] Manuel Henrique Mesquita, por exemplo, entende que o preferente, mesmo que tome conhecimento da provável celebração do contrato objeto de seu direito de prelação, nada tem a fazer a não ser aguardar o recebimento da notificação (*Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 211, em nota de rodapé): "o preferente, mesmo que tenha conhecimento do projecto de alienação, nada pode fazer senão aguardar que o mesmo lhe seja notificado". Para Helder Martins Leitão, "[u]nicamente a partir da comunicação é que o titular da preferência pode desencadear o respectivo exercício do seu direito" (*Da acção de preferência*, cit., p. 29). Posição semelhante é a de Adriano Paes da Silva Vaz Serra ("Anotação ao acórdão do STJ de 6 de março de 1979". In: *Revista de legislação e jurisprudência*. Ano 112. V. 3.649. Coimbra: Coimbra Editora, dez. 1979, p. 246. Citado por Agostinho Cardoso Guedes. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 363, em nota de rodapé).

[190] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 357. Em sentido semelhante parece entender Álvaro Villaça Azevedo, em comentários ao artigo 513 do Código Civil, para quem "o termo inicial desses prazos [para exercício da preferência] é o do conhecimento, pelo primitivo vendedor [preferente], da intenção do primitivo comprador [sujeito passivo] de alienar. [...] Pode, por exemplo, acontecer de o primitivo comprador tomar conhecimento dessa intenção do comprador, em razão de um anúncio de venda, em um jornal" ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 303).

[191] *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 383, em nota de rodapé.

[192] *Direito das obrigações*, cit., p. 448, em nota de rodapé.

contrato objeto da preferência, nos termos ajustados com terceiro, estaria impedido de tomar qualquer atitude, o que, em se tratando de direito de preferência com eficácia meramente obrigacional, praticamente esvaziaria o conteúdo do direito. Em segundo lugar, não parece razoável fazer depender a constituição do direito principal de um simples dever de conduta, que sequer incumbe ao sujeito ativo da relação. Some-se a isso, em terceiro lugar, o fato de o vinculado à preferência ser capaz de obter uma vantagem – a não constituição do direito de preferência – em decorrência de um ato antijurídico por ele praticado – o descumprimento do dever de comunicar. Em quarto lugar, admitir que a constituição da preferência fique na inteira dependência do arbítrio da outra parte torna lícito questionar "a validade do vínculo jurídico que serve de base à constituição do direito, pelas mesmas razões que justificam a invalidade dos negócios celebrados sob condição meramente potestativa"[193].

O artigo 514 do Código Civil corrobora a posição que ora se defende, ao facultar ao preferente, no âmbito do pacto de preempção, "exercer o seu direito de prelação, intimando o comprador [sujeito passivo], quando lhe constar que este vai vender a coisa". Ora, se o preferente é autorizado a exercer seu direito mesmo sem ter havido notificação por parte do sujeito passivo[194], é porque essa comunicação não é pressuposto da constituição do direito de preferência.

Adicionalmente, também não deve ser considerada pressuposto da constituição do direito de preferência, quando ausente a notificação, a celebração do contrato projetado com terceiro, como pretendem alguns[195]. É que não faz sentido fazer depender a constituição do

---

[193] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 441.

[194] Como explica a doutrina, a finalidade do preceito é "assegurar o exercício do direito de prelação pelo vendedor, independentemente da comunicação da venda" (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 388). No caso, é preciso que haja fundada convicção da intenção do sujeito passivo em alienar o bem, como "a aposição de placa com anúncio e indicação de informação; a publicação de anúncio na imprensa; a contratação de empresa imobiliária para esse fim, etc." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 176). Como a eficácia do pacto de preempção é meramente obrigacional (cf. art. 518 do Código Civil), a previsão do artigo 514 é de grande valia ao preferente, pois se lhe fosse exigido aguardar pela notificação ou pela celebração do contrato entre sujeito passivo e terceiro, só lhe restariam as perdas e danos sofridas em virtude da violação a seu direito de preempção. Assim, para evitar a consumação do contrato objeto da preferência, em virtude de ser a preempção direito com eficácia meramente obrigacional, o preferente, com fulcro no referido artigo 514, "poderá pleitear medida cautelar que impeça a venda da coisa, até a decisão final" (*Ibid*, p. 175). Ressalta, ainda, este autor, a incoerência presente no artigo 514 do Código Civil, "pois quanto mais ampla for a violação [ao direito de preempção], menos gravosa será para o comprador [sujeito passivo] que a praticou. Assim, se a venda não se tiver consumado, poderá o vendedor [preferente] ajuizar ação própria para exigir o cumprimento do direito de preferência; porém, se a venda já tiver sido concluída, com dupla violação (falta de notificação mais venda a terceiro), caberá apenas a indenização pelas perdas e danos, se houver" (*Ibid*, p. 183).

[195] Para Helder Martins Leitão, "[n]as preferências legais o direito de preferência ocorre no momento da alienação" (*Da acção de preferência*, cit., p. 41). No âmbito jurisprudencial, também é possível encontrar afirmações no sentido de que a preferência nasce com a sua violação: "sem venda, porque anulada, não há como reconhecer direito de preferência, que existe em função daquela" (TJ/MG, 2ª CC, AC 52.540, Rel. Des.

direito de sua própria violação, o que significaria que a obrigação do sujeito passivo seria "contratar com o preferente se contratar com o terceiro", o que é, em si, um contrassenso[196]. Na lição de A. P. VAZ SERRA:

> "O exercício do direito de preferência não depende da conclusão de um contrato de alienação celebrado entre o sujeito à preferência e terceiro, bastando que aquele manifeste ao titular do direito de preferência a vontade de alienar a coisa. Não é, pois, indispensável que a alienação esteja feita para que o direito de preferência seja exercido"[197].

Como a decisão livre de contratar, por parte do sujeito passivo, é fundamental na economia da relação de preferência, uma decisão apenas aparente sua pode vir a frustrar o direito de prelação. Assim, por exemplo, se, sem ter havido notificação ao preferente, a intenção do sujeito passivo de celebrar o contrato preferível é constatada pela contratação indevida com terceiro, em violação à preferência, mas restar comprovado que ele, sujeito passivo, não era capaz[198] – art. 104, inciso I, do Código Civil –, isso significará que, a rigor, o suporte fático necessário para o direito de preferência ser eficaz sequer chegou a estar presente. Por outras palavras, ainda que, em tese, todos os pressupostos necessários para disparar os efeitos do direito de preferência estejam presentes – intenção de celebrar o contrato preferível em determinadas condições, e existência de um terceiro interessado em contratar –, a incapacidade absoluta do sujeito passivo macula a sua vontade de contratar, que é nula, de modo que, na verdade, não foi preenchido o suporte fático necessário para dar efetividade à prelação que, desta forma, não terá sido violada[199].

Já em se tratando de manifestação da vontade do sujeito passivo eivada de algum dos

---

Fernandes Filho, j. 16.09.1980, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 258).

[196] Para Agostinho Cardoso Guedes, "a celebração [com terceiro] do contrato objecto da preferência poderá, no máximo, traduzir a tal intenção de contratar do sujeito passivo, e apenas nos casos em que a celebração do contrato não tenha sido precedida de qualquer outro acto com aquele significado. A contratação ilícita com terceiro não é, por isso, pressuposto de coisa alguma" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 361).

[197] "Anotação ao acórdão do STJ de 6 de março de 1979", cit., p. 245. Citado por Ana Prata. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 389, em nota de rodapé. De maneira semelhante pensa Pontes de Miranda: "pressuposto necessário para o exercício do direito de preempção é o ter em vista o sujeito passivo a venda do bem, ou tê-la concluído" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 282).

[198] Como explica Caio Mário da Silva Pereira, casos há em que o negócio jurídico "inexiste como tal e deve ser tido por nulo, o que ocorre quando o agente apenas parece ter realizado uma emissão de vontade sem tê-la feito ou sem ter capacidade para fazê-la, e nesses casos há um ato aparente e não verdadeiro" (*Instituições de direito civil*. V. 1. 20. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 513). Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes inserem a capacidade do agente no plano da validade: "a capacidade do agente é requisito de validade do negócio jurídico" (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 218).

[199] Não obstante, na opinião de alguns, a exemplo de Orlando Gomes, em certas situações, mesmo os negócios jurídicos nulos podem produzir certos efeitos: "inexata, portanto, a afirmação categórica sobre a ineficácia absoluta dos negócios nulos" (*Introdução ao direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 480-481).

vícios do consentimento – artigos 138 a 165 do Código Civil –, como o negócio jurídico celebrado com o terceiro será apenas anulável e, provisoriamente, produzirá efeitos[200], se não houver ação de anulação, é possível que o direito de preferência tenha, sim, se tornado eficaz.

Se, entretanto, a incapacidade ou o vício da vontade afetarem a declaração negocial do terceiro com quem o sujeito passivo contratou, e não a vontade do sujeito passivo, a invalidade do negócio jurídico, relativa ou absoluta, em princípio, não prejudicará o direito do preferente, pois esta circunstância em nada terá afetado a decisão livre do vinculado à preferência em celebrar o contrato projetado. Assim, por exemplo, se o terceiro, interessado em celebrar com o sujeito passivo o contrato preferível, era, na verdade, relativamente incapaz, tornando anulável o negócio jurídico, mesmo assim os pressupostos necessários à efetividade da prelação estarão presentes: decisão livre do sujeito passivo de contratar em determinadas condições, e existência de um terceiro interessado.

Com efeito, qualquer outra circunstância que abale o negócio jurídico celebrado (ou em vias de celebração) com o terceiro, mas que não afete a decisão do sujeito passivo em contratar, não prejudicará a eficácia do direito do preferente. Esta é, inclusive, uma das razões pelas quais não parece correto afirmar, como faz parte da doutrina, que o exercício da preferência implica modificação ou mutação subjetiva do negócio jurídico celebrado entre sujeito passivo e terceiro, com a substituição deste último pelo preferente[201]. Se assim fosse, a invalidação do negócio jurídico, independentemente da razão, faria desaparecer o direito do preferente, o que não parece razoável[202].

---

[200] Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56. Em sentido semelhante: "um ato simplesmente anulável produz efeitos jurídicos até que seja anulado por sentença" (COMPARATO, Fábio Konder. "Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual". In: *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 147-148).

[201] Cf., dentre outros: (i) MARCELINO, Américo Joaquim. *Da preferência*: estudos, notas da doutrina e jurisprudência e legislação mais comum. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 12: "para os casos em que, patologicamente, a venda se faz a terceiro, então se dará, como no direito espanhol, uma sub-rogação deste pelo titular [da preferência]"; (ii) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 258; (iii) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 170; (iv) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 275 e p. 295; (v) RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 378; e (vi) VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., p. 387. Além destes, Pontes de Miranda faz referência a uma parcela da doutrina alemã para quem "o direito de preempção é direito a intrometer-se no contrato de compra e venda em que terceiro é, ou vai ser comprador" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 278). Por outro lado, para Clovis Bevilaqua, em comentário ao artigo 1.155 do Código Civil de 1916 (atual 515), "[o] exercício do direito de preferência importa um novo contrato de venda" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. 4. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958, p. 262). Em sentido semelhante, AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato", cit., p. 311.

[202] Não obstante, parte da doutrina parece entender que se a alienação for nula ou ineficaz, independentemente da razão da nulidade ou ineficácia, não haverá direito de preferência. Nesse sentido a posição de Pontes de Miranda, ao tratar do direito de preferência no âmbito da enfiteuse: "não há direito de preferência se a alienação é nula [...] ou ineficaz" (*Tratado de direito privado*. T. XVIII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas:

Antes de passar ao exame da comunicação para preferência, vale lembrar que o direito do preferente somente se torna eficaz se o sujeito passivo decide celebrar aquela(s) espécie(s) contratual(is) objeto da prelação. Assim, em se tratando de direitos de preferência legais, sua eficácia depende da intenção do vinculado à preferência em celebrar um dos tipos contratuais previstos na norma, de modo que, a rigor, sequer haverá constituição do direito em favor do preferente se o sujeito passivo tiver em vista a celebração de outra espécie de contrato[203]. Já em se tratando de pactos de preferência, a eficácia da prelação estará submetida à decisão de celebrar os tipos contratuais previstos pelas partes, desde que compatíveis com o instituto da preferência, isto é, que o preferente seja capaz de acompanhar as condições oferecidas pelo terceiro. É possível, todavia, que o pacto estabeleça "direito de preferência" diante de espécies contratuais incompatíveis com a prelação – a exemplo da doação –, mas nesses casos não se estará diante de um verdadeiro pacto de prelação, devendo as condições para o exercício do direito, atípico, serem minuciosamente descritas no instrumento contratual[204].

2.2 **A comunicação para o exercício do direito de preferência ou *denuntiatio***

2.2.1 *Generalidades*

Alguns dos dispositivos que estabelecem direitos legais de prelação, ou que regulam pactos de preferência, traduzem o dever do sujeito passivo de, desejando celebrar o contrato preferível, comunicar o sujeito ativo, possibilitando-lhe, com isto, exercer o seu direito. Assim, *v.g.*, o *caput* do artigo 27 da Lei de Locações impõe ao locador a obrigação de dar conhecimento ao locatário do negócio de alienação do imóvel locado que pretende celebrar com terceiro, mediante notificação judicial, extrajudicial, ou outro meio de ciência

---

Bookseller, 2002, p. 158). Seguem a mesma linha José Pinto Loureiro: "o direito de preferência pressupõe, portanto, uma transmissão válida" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., p. 103) e António Carvalho Martins: "a preferência só pode ser exercida sobre contratos com plena validade" (*Preferência*, cit., p. 14).

[203] Assim, *v.g.*, (i) o artigo 513 do Código Civil impõe ao comprador, sujeito passivo do pacto de preempção, o dever de preferir o vendedor, preferente, se decidir vender ou dar em pagamento o bem objeto da preferência; (ii) já a Lei de Locações submete o direito de preferência à decisão do locador em vender, prometer vender, ceder, prometer ceder ou dar em pagamento (art. 27), excluindo expressamente os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação (art. 32, *caput*); (iii) o artigo 504 do Código Civil, por sua vez, ao trazer a preferência dos condôminos de bem indivisível, submete o direito apenas à venda da quota-parte; e (iv) o artigo 25 do Estatuto da Cidade, enfim, concede ao Poder Público Municipal direito de preferência temporário, nas áreas delimitadas pela legislação municipal, em casos de alienação onerosa de bens imóveis urbanos entre particulares.

[204] Diversamente pensam Carlos Lacerda Barata (*Da obrigação de preferência*, cit., p. 12), e Giuseppe Tamburrino (*I vincoli unilateralli nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 135). Para esses autores, parece não haver qualquer obstáculo à celebração de um pacto de preferência que tenha por objeto um contrato gratuito.

inequívoca: "[...] o locatário tem preferência para adquirir o imóvel, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca".

O artigo 513 do Código Civil, ao regular o pacto de preempção, prevê a obrigação do comprador, sujeito passivo, em oferecer ao vendedor, preferente, a coisa, indicando que a pretensa venda deve ser levada ao conhecimento deste: "[a] preempção [...] impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa [...]"[205]. Em complementação, o artigo 518 determina que responderá por perdas e danos o sujeito passivo que "alienar a coisa sem ter dado ao vendedor [preferente] ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem", o que levou PONTES DE MIRANDA a afirmar que "aí, há dever de comunicação"[206], e OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR a dizer que, "a partir desse trecho, podem-se fixar o que se chamariam de limites objetivos do dever informacional do comprador [sujeito passivo]"[207].

O artigo 27 do Estatuto da Cidade, que versa sobre o direito de preferência do Poder Público Municipal em casos de alienação onerosa de certos imóveis urbanos delimitados em legislação municipal, exige que o proprietário notifique o Município acerca de sua intenção em alienar o imóvel, para que este manifeste por escrito, em até trinta dias, seu interesse em adquiri-lo: "[...] o proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo [...]".

Mesmo com relação àqueles direitos de preferência, legais ou contratuais, em que não há previsão legal acerca da necessidade, ou não, de comunicação para exercício da preferência – a exemplo do atribuído aos condôminos de bem indivisível (artigo 504 do Código Civil), e do direito de preferência do proprietário ou superficiário (artigo 1.373 do Código Civil e 22 do Estatuto da Cidade) –, é praticamente inconteste, em doutrina e jurisprudência, que o vinculado à preferência é incumbido do dever de avisar o preferente acerca de sua intenção em celebrar o contrato objeto da prelação.

Em comentário ao citado artigo 1.373, apontam GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES que "apesar do silêncio do CC quanto ao exercício da preferência, entende-se que tal direito deva ser assegurado por notificação

[205] Nesse sentido: (i) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. V. 3, cit., p. 88; (ii) SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. V. 16. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 233; (iii) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 3, cit., p. 259; (iv) TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., pp. 182-183; e (v) MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. V. 3. T. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 150-152.
[206] *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 287.
[207] "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 402.

judicial ou extrajudicial"[208]. De maneira semelhante, ao tratar do direito de preferência dos condôminos de bem indivisível, afirma a doutrina que, pretendendo um deles vender sua parte do bem comum, deverá oferecê-la aos demais, que "deverão ser notificados ou interpelados extra ou judicialmente da venda"[209]. No que tange aos pactos de preferência, a exemplo do inserido em acordos de acionistas, é bastante comum a inclusão, no instrumento contratual, da necessidade de realização da *denuntiatio*, bem como os termos e condições em que ela deverá ser efetivada.

A comunicação para preferência consubstancia-se, portanto, numa declaração por meio da qual o sujeito passivo informa o preferente de que decidiu celebrar o contrato objeto da preferência e lhe avisa, também, sobre as condições ajustadas com o terceiro, para que o preferente possa decidir se quer ou não preferir. Trata-se de obrigação de "avisar, intimar, notificar, dar ciência, afrontar"[210].

Não há, contudo, uma forma única para a realização dessa comunicação. Por vezes, exige o legislador que a *denuntiatio* assuma a forma de notificação, a exemplo da previsão do artigo 27 do Estatuto da Cidade. Outras vezes, prevê que a intenção de alienar chegue ao conhecimento do preferente por qualquer meio de ciência inequívoca, como faz o artigo 27 da Lei de Locações. Casos há, ainda, em que não há exigência expressa de comunicação, devendo-se, nessas situações, e apesar de ser recomendável a forma escrita, considerar satisfeita a obrigação quando for possível demonstrar que o sujeito passivo, por algum modo idôneo, deu ciência ao preferente acerca de sua decisão, e dos termos do contrato projetado com terceiro[211]. A liberdade formal da *denuntiatio* reflete a função por ela desempenhada na

---

[208] *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 761. Em sentido semelhante: (i) KATAOKA, Eduardo Takemi. "Contornos dogmáticos do direito de superfície no Brasil", cit., p. 605; (ii) VIANA, Marco Aurélio S.. "Dos direitos reais". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. V. 16. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 619; (iii) ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Do direito das Obrigações", cit., p. 817; e (iv) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 865.

[209] ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Do direito das obrigações", cit., p. 801. Em sentido semelhante: (i) AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato", cit., p. 249; (ii) RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 293; (iii) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., pp. 132-133; (iv) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XII, cit., p. 83; e (v) MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. V. 3. T. I, cit., pp. 138-139.

[210] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. V. 3, cit., p. 88.

[211] No julgamento da Apelação Cível 9052760-94.2005.8.26.0000, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, em ação que versava sobre o exercício de direito de preferência por arrendatário rural, que mesmo diante da ausência de notificação, o dever de comunicar do sujeito passivo considera-se cumprido quando a comunicação verbal "atingiu os fins a que a comunicação escrita se destina" (TJ/SP, 33ª CDPriv., AC 9052760-94.2005.8.26.0000 (992.05.083310-2; 1006763/4-00), Rel. Des. Luiz Eurico, j. 29.03.2010, v.u.). Note-se que o artigo 92, § 3º, do Estatuto da Terra prevê a necessidade de comunicação escrita, mas mesmo assim o tribunal entendeu ter sido suficiente, no caso concreto, o aviso verbal. Veja-se o teor do dispositivo: "[n]o caso de alienação do imóvel arrendado, o arrendatário terá preferência para adquiri-lo em igualdade de condições,

dinâmica da relação prelatícia.

Apesar de a *denuntiatio* ser um dever a cargo do sujeito passivo, ela não é imprescindível ao exercício do direito de preferência. É certo que, no mais das vezes, a comunicação cumpre relevante papel no desenvolvimento da relação prelatícia, pois além de ser por meio dela que o preferente costuma tomar conhecimento acerca da constituição de seu direito, em circunstâncias normais, ela é o marco inicial de uma série de eventos que levarão à celebração de um contrato entre sujeito passivo e preferente, em detrimento de certo terceiro. Entretanto, e conforme esclarecido *supra*, a *denuntiatio* não é um dos pressupostos da constituição do direito do preferente, de modo que é possível que o exercício da prelação venha a ocorrer independentemente da existência da comunicação.

Não obstante o direito de prelação, a rigor, ter se constituído em momento anterior à *denuntiatio*, a comunicação para preferência, pela qual o sujeito passivo exterioriza sua intenção em celebrar o contrato objeto da prelação, deve servir de marco inicial para a contagem do prazo – previsto em lei, no instrumento que institui a preferência ou mesmo na própria comunicação – dentro do qual o preferente deve se pronunciar, sob pena de caducidade de seu direito[212]. Exemplificativamente, em se tratando de pacto de preempção, esse prazo é de três dias, se a coisa for móvel, e de sessenta dias, se imóvel (cf. artigo 516 do Código Civil). Se se tratar de direito de preferência do locatário de imóvel urbano ou do Município, com relação a imóveis localizados nas áreas delimitadas em lei municipal, o prazo é de trinta dias (cf. artigo 28 da Lei de Locações e artigo 27 do Estatuto da Cidade, respectivamente).

No silêncio da lei ou do pacto a respeito desse prazo, deve-se ter em conta que ele deverá equacionar os dois interesses em jogo: o do alienante, desejoso de desfazer-se do bem, e o do titular da preferência, que também deve ter seu interesse protegido. Quanto mais oneroso e mais complexo o negócio, maior deverá ser o prazo concedido ao preferente para exercer seu direito.

---

devendo o proprietário dar-lhe conhecimento da venda, a fim de que possa exercitar o direito de preempção dentro de trinta dias, a contar da notificação judicial ou comprovadamente efetuada, mediante recibo". Com relação à preferência no âmbito do direito de superfície, explica Eduardo Takemi Kataoka que, como a lei não prevê forma especial para realizar a notificação, "deve entender-se que basta qualquer meio que comprove a ciência inequívoca da outra parte" ("Contornos dogmáticos do direito de superfície no Brasil", cit., p. 607).

[212] Nesse sentido a posição de Paulo Luiz Netto Lôbo, ao tratar do pacto de preempção: "enquanto não houver afronta ou oferta do comprador [sujeito passivo] ao vendedor originário [preferente], mediante intimação ou notificação, não se inicia a contagem do prazo decadencial" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 173). Em sentido semelhante: (i) RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 396; (ii) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 280; (iii) GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 506; e (iv) BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. 4, cit., p. 261.

A escolha da *denuntiatio* como termo inicial do prazo decadencial para exercício da prelação se justifica não só tendo em vista a segurança jurídica, mas também porque, caso referido prazo principiasse na data em que, independentemente da *denuntiatio*, o preferente tomasse conhecimento de que seu direito se constituiu, o sujeito passivo, inadimplente em seu dever de comunicar, poderia valer-se injustamente, a seu favor, da caducidade do direito do preferente.

2.2.2 *Função e natureza da comunicação para preferência*

Em circunstâncias ordinárias, é por meio da *denuntiatio* que o preferente, além de tomar ciência de que seu direito se constituiu, conhece os termos do projeto de contrato entre sujeito passivo e terceiro, que terá de observar caso pretenda exercer seu direito de prelação.

Como o pressuposto da constituição do direito do preferente é uma decisão livre do sujeito passivo, um ato de autonomia seu, é razoável que dele se exija, quando decida celebrar o contrato projetado, que avise o preferente, grande interessado em conhecer tal decisão[213]. A *denuntiatio* assume, assim, caráter instrumental, devendo ser considerada um dever de conduta do vinculado à preferência. Tal imposição, em linha com a cláusula geral de boa-fé objetiva, destina-se a tornar mais simples e menos oneroso o eventual exercício do direito de prelação.

A boa-fé objetiva, há tempos reconhecida como princípio do ordenamento jurídico brasileiro[214] e positivada no artigo 422 do Código Civil ("Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"), constitui fonte de deveres instrumentais – também denominados secundários, laterais, anexos ou acessórios –, os quais "não interessam directamente ao cumprimento da

[213] Cf. aponta Agostinho Cardoso Guedes, "é mais justo e razoável obrigar o sujeito passivo a informar o preferente da sua decisão do que obrigar este a adivinhar como e quando o sujeito passivo decidirá contratar" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 471).

[214] Mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, a cláusula geral de boa-fé objetiva era amplamente reconhecida pela doutrina. Confiram-se, dentre outros, (i) PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. "O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro". In: *Revista de direito do consumidor*. V. 23-24. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 1997, pp. 210-211; (ii) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 382; (iii) PEIXOTO, Ester Lopes. "O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro". In: *Revista de direito do consumidor*. V. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, pp. 147-152; (iv) SILVA, Clóvis do Couto e. "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português". In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 48-49; (v) DUARTE, Ronnie Preuss. "Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil". In: *Revista dos tribunais*. V. 817. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2003, pp. 52-58; e (vi) SIMÃO, José Fernando. "A boa-fé objetiva: nova disciplina de um velho instituto". In: *Revista de faculdade de direito Fundação Armando Álvares Penteado*. V. 4. São Paulo: FAAP, 2007, p. 130.

prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional"[215]. Tais deveres impõem aos contratantes um padrão de conduta no sentido de recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato. Recorrendo a autores portugueses, os quais, a seu turno, buscam subsídios na doutrina alemã, JUDITH MARTINS-COSTA enumera os mais importantes deveres laterais decorrentes da incidência da boa-fé objetiva, dentre eles os deveres de cooperação e de informação[216] que, no desenvolvimento da relação prelatícia, assumem relevância peculiar, ao lado dos deveres principais.

Apesar de, a rigor, a relação prelatícia encontrar sua origem não só em pactos de preferência, como também em disposições legais, em ambas as situações a boa-fé objetiva deverá ser observada pelos integrantes da relação. Isto porque, para além da literalidade da lei, que limita a aplicação desta acepção da boa-fé à conclusão e à execução do contrato, ela deve incidir, igualmente, na fase preliminar à celebração contratual[217]. E, independentemente de o direito de prelação ter origem contratual ou legal, a *denuntiatio* insere-se num momento da relação prelatícia em que já é iminente a celebração de um contrato futuro, seja entre sujeito passivo e preferente, seja entre aquele e terceiro.

Além disso, como explica EDUARDO TAKEMI KATAOKA ao tratar do direito de preferência legal no âmbito do direito de superfície, o sujeito passivo, ao realizar a comunicação para preferência, está adstrito ao princípio da boa-fé objetiva, "já que a boa-fé

---

[215] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 77.

[216] *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439. Em sentido semelhante: (i) NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140; (ii) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "A boa-fé na relação de consumo". In: *Revista de direito do consumidor*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1995, p. 25; (iii) SILVA, Agathe E. Schmidt. "Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo". In: *Revista de direito do consumidor*. V. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1996, pp. 158-159. Na visão de parte da doutrina, a boa-fé, ao expandir as fontes dos deveres obrigacionais, amplia também o suporte fático do inadimplemento, "considerando-se violação ao contrato o descumprimento de deveres laterais, a dar lugar não apenas à pretensão ressarcitória, mas igualmente, àqueles outros remédios próprios do inadimplemento" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 18). Em sentido semelhante, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 270. Cfr. também: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. "Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje", cit., especialmente a partir da p. 270. Finalmente, para Clóvis do Couto e Silva, os deveres laterais pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo complexo, que tem em vista a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que vem desde antes da celebração do contrato, e subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal (*A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 35 e ss.).

[217] Como ressalta a doutrina, a cláusula geral de boa-fé objetiva deve pautar o comportamento das partes desde antes da efetiva celebração do contrato, "abrangendo também a fase preliminar à conclusão" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 16).

aplica-se a toda e qualquer relação social e não exclusivamente à obrigacional"[218].

Cumpre enxergar na *denuntiatio* imposta ao sujeito passivo, então, o adimplemento de deveres de cooperação e de informação inerentes à boa-fé objetiva. Naqueles casos em que há previsão legal ou contratual expressa acerca da necessidade de proceder a esta comunicação, o recurso à boa-fé é apenas mediato, pois a fonte imediata do dever será a lei ou o próprio pacto. Diversamente, naquelas situações em que inexiste previsão semelhante, a boa-fé objetiva, ao lado da analogia aos dispositivos que preveem a necessidade de haver comunicação, deve servir de fundamento à exigibilidade da *denuntiatio*[219].

Em se tratando de direitos de prelação com eficácia real, a *denuntiatio* evita o recurso à ação de preferência, desonerando e facilitando o exercício do direito pelo sujeito ativo. Já se o direito de preferência tiver eficácia meramente obrigacional, a comunicação assume importância fundamental, assegurando o efeito útil do direito de preferir. Isto porque, ausente a *denuntiatio*, é provável que só reste ao preferente a via ressarcitória.

A *denuntiatio* assume, assim, a natureza de dever instrumental do vinculado à preferência inerente à boa-fé objetiva, na medida em que cumpre a função de levar ao conhecimento do preferente que seu direito se constituiu, e das condições em que o sujeito passivo está disposto a contratar com terceiro, para que o sujeito ativo, em tempo útil, decida se deseja ou não exercer o seu direito.

O respeito à boa-fé, que deve pautar a relação de preferência – assim como todas as relações jurídicas –, não se esgota no dever do sujeito passivo em realizar a *denuntiatio*. Deve ser considerado, também, concretização da boa-fé, o dever do vinculado à preferência de não praticar atos que comprometam a integridade e o efeito útil do direito do preferente, no período compreendido entre o envio da comunicação e a declaração do sujeito ativo acerca de sua intenção em celebrar, ou não, o contrato projetado[220]. Significa dizer, por outras palavras, que uma vez realizada a comunicação, e enquanto não esgotado o prazo para manifestação do preferente, embora, a rigor, o sujeito passivo não esteja, ainda, obrigado a contratar com o preferente – tal obrigação surge apenas com a declaração positiva do preferente, como será visto a seguir –, ele não poderá, por exemplo, alienar o bem a terceiro, tendo em vista a

[218] "Contornos dogmáticos do direito de superfície no Brasil", cit., p. 606.

[219] "Estamos perfeitamente convencidos de que tal dever de aviso existiria ainda que a lei o não tivesse previsto especialmente" (GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 445).

[220] "Deve o sujeito passivo aguardar a resposta do preferente, abstendo-se, até lá, de praticar actos que prejudiquem ou inutilizem o efeito útil do exercício do direito de prelação" (GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 448). Em verdade, como lembra António Menezes Cordeiro, todo o desenvolvimento da relação de preferência deve pautar-se numa "situação de confiança. [...] Consubstanciam-se, desse modo, deveres de segurança, de lealdade e de informação, que devem acompanhar as partes" (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 492).

constituição iminente de um dever de contratar com o titular da prelação.

Enquanto aguarda a resposta do preferente, o respeito à boa-fé indica não só que o sujeito passivo deve abster-se de contratar com terceiros, mas também que ele não deverá praticar outros atos que possam vir a frustrar a preferência, como, por exemplo, deteriorar ou destruir o bem[221].

O efeito imediato da realização da *denuntiatio*, objeto do dever de conduta que recai sobre o sujeito passivo, é a sua desoneração, dando-se um passo adiante no desenvolvimento da relação prelatícia. Recebida a *denuntiatio*, o preferente estará em condições de decidir se pretende, ou não, exercer seu direito potestativo constitutivo. Em caso positivo, estará constituído um direito de crédito em seu favor, e a correspondente prestação principal do sujeito passivo: celebrar o contrato projetado com o preferente.

2.2.3 *A qualificação da comunicação para preferência como proposta contratual*

Entender que a *denuntiatio* constitui dever de conduta a cargo do sujeito passivo implica, por outro lado, discordar de representativa vertente teórica, segundo a qual a comunicação para preferência encerra, em si, uma proposta contratual, dirigida ao preferente, relativa à celebração do contrato projetado. Para esta corrente, a comunicação "tem o carácter de uma proposta, pelo que a exacta prestação básica a que o promitente [sujeito passivo] se encontra vinculado consiste em apresentar ao beneficiário do direito de preferência uma proposta de contrato"[222].

---

[221] Cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 449. Como ressaltado no Capítulo I, item 6.2, *supra*, antes de o direito de preferência ganhar efetividade no mundo jurídico, não há, a rigor, impedimentos a que o sujeito passivo desfaça-se do bem, celebrando com terceiro, por exemplo, um contrato não preferível. Na lição de Ana Prata (*O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 369), "o obrigado à preferência não tem, em princípio, o dever de manter o bem, física e juridicamente, inalterado, sendo livre de realizar, relativamente a ele, todos os actos de administração ou de disposição que entenda, com excepção do contrato relativamente ao qual deu preferência". É claro, contudo, que "os comportamentos do obrigado, em que se exprime o seu direito de propriedade sobre o bem objecto do contrato em relação ao qual deu preferência, têm de ser apreciados à luz da boa-fé, tendo em conta a obrigação que o vincula, do que pode resultar a qualificação como abusivo de acto transformador do bem, quando o proprietário não vise com essa transformação nenhuma vantagem própria, mas tão-só iludir o direito do preferente, que, considerado o *aliud* em que o bem se transformou, vê caducar o seu direito".

[222] LEITÃO, Helder Martins. *Da acção de preferência*, cit., p. 45. Para Mário Júlio de Almeida Costa, a prestação básica a que o sujeito passivo está obrigado é "apresentar ao beneficiário do direito de preferência uma proposta de contrato. [...] Tal o carácter que assume *ope legis* a comunicação" (*Direito das obrigações*, cit., p. 449). Esta parece ser, também, a posição de Álvaro Villaça Azevedo ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 249) e de Otavio Luiz Rodrigues Junior ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 293), ao tratarem do direito de preferência dos condôminos. Pedro de Albuquerque, por sua vez, constata a existência de duas

Por meio da comunicação, na visão desta corrente, o vinculado à preferência estaria a cumprir seu dever principal, de concluir o contrato projetado com o sujeito ativo, caso este último deseje.

Isto porque, em sede de formação de contratos, uma vez realizada a proposta, a ela passa o proponente a estar vinculado, e com a aceitação correspondente, considera-se concluído o contrato[223], ressalvadas situações excepcionais em que se exija o respeito a alguma formalidade adicional.

No ordenamento jurídico brasileiro, esta interpretação encontra suporte positivo numa análise literal e isolada dos artigos 28 e 29 da Lei de Locações. Estes preceitos, ao que tudo indica, de modo atécnico, confundem a comunicação para exercício da preferência com uma proposta contratual: "[a]rt. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta no prazo de 30 (trinta) dias"; e "[a]rt. 29. Ocorrendo aceitação da proposta, a posterior desistência do negócio pelo comprador acarreta, a este, responsabilidade pelos prejuízos ocasionados, inclusive lucros cessantes".

Apesar do teor desses dispositivos, o artigo 27 do mesmo diploma legal, ao instituir a obrigação de comunicar, é expresso ao dizer que o locador deve dar ao locatário "conhecimento do negócio mediante notificação [...] ou outro meio de ciência inequívoca", o que é bem diferente de exigir que o locador submeta uma proposta de contrato ao locatário, de modo que uma leitura sistemática parece apta a afastar a interpretação literal dos artigos seguintes.

Há, aliás, outras razões que impedem reconhecer que a comunicação para preferência equivale a uma proposta contratual[224]. De um lado, a *denuntiatio*, para valer como proposta, teria de ser formulada pelo sujeito passivo de forma a obedecer às características desta, de modo que bastaria um "sim" do preferente para que o contrato estivesse concluído. Não há

---

grandes correntes acerca da natureza da *denuntiatio*: "[u]ma, segundo a qual a *denuntiatio* teria a natureza de proposta contratual. Outra, para a qual a comunicação a fazer ao preferente seria apenas um acto não negocial participativo de um evento" (*Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas*: comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 136).

[223] "Uma vez feita a proposta, que constitui em si mesma um negócio jurídico, a ela está o policitante vinculado. [...] O terceiro momento da formação do contrato é a aceitação. [...] Somente quando o oblato se converte em aceitante, e faz aderir a sua vontade à do proponente, a oferta se transforma em um contrato" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3, cit., p. 41 e p. 45).

[224] Entendendo que a *denuntiatio* não se confunde com uma proposta contratual: (i) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações* (apontamentos). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003, p. 158; (ii) PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., pp. 384-385: "a qualificação da comunicação para a preferência como proposta contratual [...] parece-me insusceptível de ser feita em abstrato"; e (iii) GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 439: "[n]ão existe qualquer necessidade em qualificar a comunicação como proposta para explicar o funcionamento típico da preferência. [...] Essa qualificação não se coaduna com o funcionamento típico da prelação".

indicativo, entretanto, nos dispositivos sobre direito de preferência que aludem à necessidade de o sujeito passivo proceder à *denuntiatio*, de a notificação ter de seguir as características de uma proposta contratual. Esta exigência parece mesmo excessiva, tendo em vista, dentre outros fatores, que alguns dos dispositivos que estabelecem direitos de preferência, como esclarecido acima, sequer mencionam a necessidade de comunicação.

O dever do sujeito passivo, quando positivado, é no sentido de comunicar ou de notificar o preferente acerca da intenção em alienar o bem objeto da prelação, e não de propor. Assim, tudo aponta para que o escopo da lei tenha sido, simplesmente, impor ao sujeito passivo o dever de avisar o preferente de que decidiu contratar e das condições em que tenciona fazê-lo, para que o preferente tome conhecimento dessas condições. Na lição de AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, "cada coisa, pois, com sua função: comunicação para preferir é apenas isso: dar conhecimento do projecto de venda e respectivas cláusulas"[225].

Há, ainda, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, outras razões, em princípio aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro, que afastam a qualificação da *denuntiatio* como proposta contratual. De um lado, em Portugal, tem-se notícia de diversas decisões afirmando que, uma vez manifestada a intenção de preferir, caso o contrato projetado, por alguma razão, não venha a ser celebrado, o preferente pode requerer judicialmente a sua conclusão. Neste caso, a data do contrato retroagirá para a data do pagamento ou do depósito judicial do preço, e não para a data da declaração positiva do preferente, dando a entender que esta última não é análoga a uma aceitação, de modo que a *denuntiatio*, assim, não representa uma proposta contratual[226]. De outro lado, o Código Civil alemão ("BGB"), em seus §§ 469 e 1.099, permite expressamente que a *denuntiatio* seja realizada pelo terceiro com quem o sujeito passivo ajustou o projeto de contrato[227]. Ora, se a *denuntiatio* fosse proposta, somente poderia ser realizada pelo sujeito passivo, ou por alguém com poderes para representá-lo.

Não restam dúvidas de que, em determinado caso concreto, a comunicação para preferência poderá, sim, revestir a forma jurídica de uma proposta contratual, de modo que

---

[225] *Da preferência*, cit., p. 68. Em sentido semelhante: GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 433.

[226] Cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 436. Essas decisões fundam-se no teor do artigo 1.458, n. 4, do Código de Processo Civil português, pelo qual "[p]ago ou depositado o preço, os bens são adjudicados ao preferente, retrotraindo-se os efeitos da adjudicação à data do pagamento ou depósito".

[227] Conforme explica Agostinho Cardoso Guedes (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 490). Complementa o autor que, no ordenamento jurídico alemão, a *denuntiatio* deve ser realizada em momento posterior à celebração do contrato entre sujeito passivo e terceiro, antes, contudo, do "acordo de disposição" (*Ibid*, p. 490).

bastará ao preferente a ela aderir, para que o contrato projetado seja considerado celebrado[228]. O próprio pacto de preferência pode conter previsão nesse sentido. Este modo de realização da *denuntiatio* não deve, contudo, ser considerado um dever, *a priori*, do vinculado à preferência. Nesta altura do desenrolar da relação prelatícia, a obrigação do sujeito passivo é, em regra, simplesmente, comunicar, e aguardar a manifestação do preferente. Seu dever principal, de celebrar o contrato projetado, surge apenas quando o sujeito ativo exerce seu direito de prelação, como será visto adiante.

2.2.4 *A obrigação do sujeito passivo em realizar a denuntiatio não é incompatível com o caráter potestativo do direito de preferência*

Cumpre averiguar, a esta altura, se a *denuntiatio*, ao representar uma obrigação a cargo do sujeito passivo – que encontra sua fonte, ainda que mediata, na cláusula geral de boa-fé objetiva –, de alguma forma abala a natureza jurídica potestativa do direito de preferir, apontada no Capítulo I, item 6.5, *supra*. Será que a falta de colaboração do vinculado à prelação, ao eventualmente dificultar ou até mesmo prejudicar o direito do sujeito ativo, é suficiente para por em xeque a qualificação jurídica do direito de preferência como "direito potestativo constitutivo de um direito de crédito"?

Tradicionalmente, consideram-se situações jurídicas subjetivas vinculadas a direitos potestativos aquelas em que se estabelece uma relação de poder-sujeição: de um lado, poder do titular do direito, de outro, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem[229]. Diferenciam-se das situações subjetivas vinculadas a direitos subjetivos[230] aos

---

[228] Nas palavras de Ana Prata, "pode acontecer que a *denuntiatio*, além de desempenhar a sua função própria, consubstancie proposta do contrato a celebrar, mas isso não é forçoso" (*O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 385). Na opinião de Carlos Lacerda Barata, estando a comunicação para preferência sujeita à liberdade de forma, "pode constituir ou não, conforme o caso, uma proposta contratual, consoante estejam ou não verificados os requisitos de validade desta" (*Da obrigação de preferência*, cit., p. 109). Para ele, quando a relação de preferência se refere a um contrato para o qual a lei não exige forma especial, a *denuntiatio* encerra em si uma proposta contratual. Aceita pelo preferente, tem-se por concluído o contrato, sem a necessidade de qualquer ato adicional. Já se a relação de preferência tem por objeto um contrato sujeito a certa formalidade, ele não se forma com a declaração de preferência, pois a comunicação não constitui, neste caso, uma proposta contratual, mas simples convite a contratar.

[229] Nas palavras de Pietro Perlingieri, a categoria dos direitos potestativos individuou uma série de hipóteses nas quais "um sujeito tem o poder, com sua unilateral manifestação de vontade, de constituir, modificar ou extinguir uma relação da qual não é o único materialmente interessado" (*Perfis de direito civil*, cit., p. 124). Em sentido semelhante: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1, cit., p. 37.

[230] Tendo em vista que o interesse, a esta altura, é apenas compatibilizar a *denuntiatio*, enquanto dever instrumental do sujeito passivo, com a natureza jurídica de direito potestativo do direito de preferência, não será

quais se contrapõem deveres jurídicos, pois, em se tratando de direitos potestativos, não há, a princípio, obrigações do titular da sujeição, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, que atingirá a esfera jurídica do outro, criando, modificando ou extinguindo determinada situação subjetiva[231].

Há, de fato, diversos autores que apontam a incoerência em visualizar deveres a cargo do titular da situação de sujeição[232]. Dir-se-ia, então, que não há como enxergar no direito de prelação uma espécie de direito potestativo e, simultaneamente, exigir do vinculado à preferência o adimplemento de um dever de conduta, decorrente da boa-fé objetiva.

Não obstante, parece haver ao menos duas razões pelas quais o caráter potestativo do direito de preferência não é incompatível com a exigência de certas condutas por parte do sujeito passivo. Não há, de fato, coincidência entre as situações jurídicas subjetivas ligadas a direitos subjetivos e aquelas ligadas a direitos potestativos, inexistindo, neste último caso, um dever jurídico principal a que corresponde o direito da contraparte. O princípio da boa-fé, todavia – do qual, em sua acepção objetiva, defluem deveres laterais como cooperação e informação –, deve pautar indistintamente o comportamento das partes em qualquer espécie de situação jurídica subjetiva, envolvendo direitos subjetivos ou potestativos. Nesse sentido, é válido transcrever as palavras ensaiadas por PIETRO PERLINGIERI, para quem o titular da posição de sujeição deve, sim, cooperar, para que o titular do direito potestativo possa exercê-lo utilmente:

> "Se for verdade, porém que o titular da sujeição não pode impedir a produção dos efeitos na própria esfera, é também verdade que ele é titular de um dever específico (*obbligo*) ou, se preferir, de um dever genérico de não impedir ao titular do poder não somente de realizar o ato, mas também de alcançar o resultado. O titular da situação de sujeição deve também cooperar para que o titular do poder formativo possa exercê-lo utilmente. Não se trata de simples sujeição: é, ao revés, presente um dever de cooperação. A sujeição é a situação de um momento: o efetivo exercício por parte do titular

---

aprofundado o estudo relativo à chamada crise do direito subjetivo (para aprofundar este assunto, confira-se: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 120 e ss.).

[231] Na clássica lição de Francisco Amaral, "o direito potestativo distingue-se do direito subjetivo. A este contrapõe-se um dever, o que não ocorre com aquele, espécie de poder jurídico a que não corresponde um dever mas uma sujeição, entendendo-se como tal a necessidade de alguém suportar os efeitos do exercício do direito potestativo" (*Direito civil:* introdução, cit., p. 201). Em sentido semelhante: CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil (escritos diversos)*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 646.

[232] Cf., dentre outros: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. V. 1. T. I. Coimbra: Almedina, 1999, p. 144. Em suas palavras, "[...] a pessoa que integre o pólo passivo de uma verdadeira relação jurídica deve comportar-se de uma certa forma. Aquela que, pelo contrário, se encontre numa sujeição, nada pode, sequer fazer e logo nada deve fazer: apenas lhe cabe, passivamente, aguardar que o titular do direito potestativo actue, ou não, essa posição. Resultam daqui regimes profundamente diferentes: os deveres implicam condutas e, daí, todo um complexo de regras destinado à sua regulação; as sujeições, pelo contrário, nada implica".

do direito potestativo"[233].

Em segundo lugar, no âmbito da relação de preferência, os deveres aos quais, em decorrência da cláusula geral de boa-fé, o sujeito passivo, titular da situação de sujeição, está adstrito – isto é, as obrigações de realizar a *denuntiatio* e de não prejudicar o efeito útil do direito potestativo do preferente enquanto pendente a declaração deste –, mesmo se por ele não cumpridos, não impedem, por si só, a modificação em sua esfera jurídica, resultado do exercício do direito de preferência pelo sujeito ativo.

Significa dizer, por outras palavras, que mesmo descumprindo o sujeito passivo esses deveres, *v.g.*, se deixar de direcionar ao preferente a *denuntiatio*, este último, tomando conhecimento por outros meios da provável celebração do negócio objeto de seu direito, poderá tomar as medidas necessárias para exercer a preferência[234]. Em se tratando de direitos de preferência com eficácia real, o preferente poderá ver assegurado seu direito ainda que o contrato projetado tenha sido efetivamente celebrado entre o sujeito passivo e um terceiro. Se o direito do preferente for inoponível perante terceiros, mas o bem não tiver sido ainda efetivamente alienado, também terá o preferente meios para garantir o efeito útil resultante do exercício de seu direito. Somente na hipótese de o bem já ter sido alienado é que, neste caso, restará a ele apenas a via ressarcitória, frustrando-se a celebração do contrato entre o sujeito passivo e o preferente. Mesmo assim, não terá sido frustrado o direito potestativo em si, ou o seu exercício, mas sim "o efeito útil resultante desse exercício"[235]. Haverá, de todo modo, a

---

[233] *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 687. De maneira semelhante, no âmbito da opção de compra ou venda, parte da doutrina moderna costuma constatar a presença de deveres secundários e acessórios de conduta, a cargo do titular da posição jurídica de sujeição, sem descaracterizar a potestatividade da situação jurídica. Nesse sentido: (i) IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 178 ("[...] atualmente não há como negar a existência, ao lado do estado de sujeição típico, de deveres secundários e acessórios de conduta oriundos do contrato de opção"); (ii) FAVALE, Rocco. "Opzione. Art. 1331". In: BUSNELLI, Francesco Donato (coord.). *Il Codice Civile*: commentario. Milano: Giuffrè, 2009, p. 93; e (iii) ASURMENDI, Camino Sanciñena. *La opción de compra*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 16. Nas palavras deste último, "[...] en la opción de compra, el optatario debe mantener esa concesión durante el plazo señalado, y cumplir las demás exigencias derivadas del principio de buena fe, absteniéndose de realizar cualquier conducta que frustre o menoscabe el derecho del optante".

[234] Como explica Agostinho Cardoso Guedes, "a constituição de um direito de contratar com o preferente, como efeito decorrente do exercício da preferência, não carece de qualquer colaboração do sujeito passivo, não sendo sequer necessário que este proceda à comunicação, pois o titular do direito não fica impedido de o exercer logo que tenha conhecimento da decisão do sujeito passivo por outra via" (*O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 450-451).

[235] Cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 451. À conclusão semelhante chega Felipe Campana Padin Iglesias, ao tratar da opção de compra. Após qualificá-la como direito formativo gerador, espécie do gênero direito potestativo, afirma o autor que "como o direito formativo gerador é inviolável e independe de qualquer cooperação por parte da parte a ele sujeita, afigura-se mais correto dizer que alguns dos deveres secundários não impedem o seu exercício, mas, ao contrário, os efeitos dele decorrentes. No exemplo do contrato de compra de ações, caso haja sua alienação pelo outorgante, o beneficiário continuará podendo exercer o direito formativo gerador, mas o contrato optativo não geraria os efeitos almejados, haja vista não deter a

cominação de perdas e danos.

Não desnatura o direito potestativo esta possibilidade de o titular da situação jurídica de sujeição, em certas situações, poder frustrar o efeito útil resultante do exercício do direito. Como aponta AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, esta circunstância não é peculiar do direito de preferência, estando presente em outras situações envolvendo direitos potestativos, particularmente aqueles que visam à aquisição de certo bem pelo seu titular. Assim, por exemplo, no pacto de opção, é possível encontrar autores defendendo que o outorgante pode alienar o bem objeto da opção antes da declaração do outorgado ganhar eficácia[236].

Desta forma, "o dever de agir de boa-fé na pendência do prazo durante o qual o direito poderá ser exercido não é, assim, incompatível com o estado de sujeição próprio da contraparte do titular de um direito potestativo"[237].

2.2.5 *O conteúdo da denuntiatio*

Em parte dos dispositivos que o legislador estipulou a necessidade de o sujeito passivo proceder à comunicação para preferência, há também a previsão de certos elementos que devem integrar o conteúdo desta comunicação. Ao estabelecer o direito de preferência do locatário, *v.g.*, o parágrafo único do artigo 27 da Lei de Locações dispõe que "a comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a

---

titularidade o outorgante" (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 179, em nota de rodapé).

[236] Esta questão está longe de ser pacífica. Como relata Felipe Campana Padin Iglesias, "[o] dever de não alienar o bem objeto do contrato de opção é tema de grande complexidade e depende, no mais das vezes, da análise das circunstâncias concretas e da vontade (declarada) das partes. [...] No mais das vezes, salvo se houver derrogação das partes, implicitamente a abstenção de venda das ações pelo outorgante a terceiros encontra-se anexada ao estado de sujeição criado com o contrato de opção" (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 180, em nota de rodapé). Na opinião de Tatiana Bonatti Peres, a opção produz para o outorgante não apenas um estado de sujeição, mas também obrigações, "ainda que implícitas, para o outorgante, decorrentes do dever de boa-fé, por exemplo, a obrigação de não vender o bem opcionado a terceiros, durante o prazo de vigência da opção, sem que tais terceiros obriguem-se expressamente a respeitar o direito do outorgado" ("O contrato de opção de compra". In: *Revista de direito privado*. V. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2011, p. 338). Diz, ainda, a autora, que deve o outorgante "abster-se de praticar quaisquer atos que possam frustrar o direito exclusivo de compra conferido ao beneficiário, isto é, a obrigação de conservação do bem opcionado" (*Ibid*, p. 338). Em outra passagem, reitera a autora: "uma vez que a oferta do contrato de compra e venda torna-se irrevogável com a opção, o outorgante terá a obrigação de não realizar quaisquer atos que possam frustrar o direito do beneficiário à conclusão do contrato projetado, ainda que não expressamente assumidas no contrato, por se tratar de deveres decorrentes da boa-fé contratual (art. 422 do CC/2002)" (*Ibid*, p. 338).

[237] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 451-453.

documentação pertinente". Já o parágrafo primeiro do artigo 27 do Estatuto da Cidade, ao trazer o direito de preferência em favor do Município para a aquisição de certos imóveis, determina que a notificação deverá vir anexada da "proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade". No que tange aos pactos de preferência, as partes podem dispor minuciosamente acerca do conteúdo da comunicação.

Cumpre definir, para além dessas hipóteses, e na ausência de preceito geral a respeito, o conteúdo mínimo que deve integrar toda e qualquer *denuntiatio*, para que a obrigação do sujeito passivo considere-se satisfeita.

Para tal, é preciso ter em mente que a comunicação deve levar ao conhecimento do sujeito ativo não só que o vinculado à preferência tomou a decisão de celebrar o contrato projetado, como também, tendo em vista o "tanto por tanto" inerente ao instituto, as condições em que pretende fazê-lo, tomando por base os termos ajustados com certo terceiro. Significa dizer que, na prática, a comunicação para preferência só será considerada como tal diante da presença efetiva de um terceiro interessado na aquisição do bem objeto da prelação. Como mencionado anteriormente (Cap. II, item 1, *supra*), a simples chamada ao preferente para contratar em certas condições não supre a necessidade de realização da *denuntiatio*.

É com base na comunicação que o preferente manifestará sua intenção em exercer, ou não, o seu direito potestativo. Em caso positivo, constitui-se a obrigação principal do sujeito passivo, de contratar com o preferente, razão pela qual a *denuntiatio* assume relevância ímpar na dinâmica da relação prelatícia, devendo a informação ser passada ao preferente de modo completo e verdadeiro. Como ressalta ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, deve o sujeito passivo "facilitar o exercício do direito de preferência"[238]. A *denuntiatio* deverá conter, assim, os termos exatos do projeto de contrato a ser celebrado, devendo, obviamente, ser levada a conhecimento do preferente em momento anterior à conclusão do negócio com o terceiro. A exatidão das informações transmitidas ao preferente é crucial não só para garantir o exercício da prelação em paridade de condições, como também para resguardar o próprio sujeito passivo e o terceiro com quem ele venha eventualmente a contratar, caso o preferente declare que não pretende exercer o seu direito.

Desta forma, a *denuntiatio* deverá descrever, com precisão, (i) o tipo de alienação de que se trata, caso o direito do preferente abranja mais de uma espécie – compra e venda, dação em pagamento, etc. –; (ii) a descrição do bem que se pretende alienar, de modo que o

[238] "Das várias espécies de contrato", cit., p. 313.

preferente possa identificá-lo; (iii) as condições de pagamento, aí incluídos o preço de aquisição que o terceiro está disposto a pagar, determinado ou determinável, a forma de pagamento (à vista, parcelado, etc.) e seu lugar, etc.; e (iv) outras combinações relevantes para aquele projeto concreto de contrato, sejam elas quais forem (*v.g.*, presença de algum elemento acidental do negócio jurídico, ou da prestação de garantias ao cumprimento da obrigação pelo terceiro)[239].

Parte da doutrina exige, ainda, por não visualizar na *denuntiatio* um dever instrumental de aviso, que a comunicação contenha um pedido de resposta quanto ao exercício da preferência, sob pena de passar por mera informação[240].

A exigência de que a *denuntiatio* exponha exaustivamente os termos do projeto de contrato não parece um encargo pesado demais para o sujeito passivo, a quem não cabe definir quais cláusulas que seriam, a seu ver, relevantes para a tomada de decisão do preferente. Tal juízo de valor compete a este último.

É preciso, por outro lado, tendo em vista a segurança que deve pautar as relações jurídicas intersubjetivas, que o conteúdo mínimo da comunicação apresente contornos suficientemente delineados, para que o vinculado à preferência possa cumprir seu dever de comunicar sem temer futura contestação judicial por parte do preferente. Por esta razão, outros elementos relacionados ao contrato projetado, que não reflitam seus termos objetivamente considerados – a exemplo (i) da finalidade que o terceiro, potencial adquirente, pretende dar ao bem, e (ii) do bom ou mau caráter do terceiro –, não devem integrar, a princípio, o conteúdo mínimo obrigatório da *denuntiatio*, sendo exigíveis apenas nas hipóteses em que o pacto de preferência, ou mesmo a lei, em situações excepcionais, assim previrem.

Entender, como regra geral, que informações desse tipo – que, no caso concreto, podem vir a ser relevantes para a decisão do preferente – devam ser a ele transmitidas via *denuntiatio*, implica impor um ônus pesado demais ao sujeito passivo, que jamais teria certeza se cumprira, ou não, de maneira escorreita, a sua obrigação de proceder à comunicação[241].

---

[239] Cf. afirma Agostinho Cardoso Guedes, "o vinculado à preferência deve comunicar todas as cláusulas do contrato projetado, sem cláusulas escamoteadas ou falsas cláusulas acrescentadas" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 462).

[240] Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 498.

[241] "Defender o contrário equivale a subordinar completamente os interesses do sujeito passivo aos interesses do preferente e pôr completamente em causa a segurança do tráfico, pois nunca será possível determinar com segurança quais são os elementos essenciais para o preferente" (GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 466). Posição contrária parece adotar Carlos Lacerda Barata, para quem "é com base no interesse do titular do direito de preferência que se deve construir o conteúdo [da comunicação]. [...] As cláusulas que devem constar do aviso para preferir são pois todas [...] aquelas que possam interessar-lhe para resolver se há de preferir, ou não" (*Da obrigação de preferência*, cit., p. 116).

Relembre-se, a esta altura, que no ordenamento jurídico brasileiro, os motivos que levam alguém a contratar somente assumem relevância jurídica excepcionalmente[242]. Deste modo, a *denuntiatio* deverá ater-se às condições objetivas que o preferente terá de respeitar caso decida exercer o seu direito, sem ter que se referir a questões que possam interferir na motivação subjetiva do preferente. Delega-se, assim, ao preferente o encargo de pesquisar outras circunstâncias do negócio que entenda necessárias à sua tomada de decisão. Do contrário, restaria bastante dificultado o cumprimento regular do dever do sujeito passivo de realizar a *denuntiatio*.

2.2.5.1 Necessidade de a *denuntiatio* identificar o terceiro com quem o sujeito passivo pretende contratar

Questão que assume relevância peculiar, inserida no exame do conteúdo obrigatório da comunicação para preferência, diz respeito à necessidade, ou não, de identificação do terceiro com o qual o sujeito passivo pretende contratar. Essa indagação não se põe, obviamente, naqueles casos em que a própria lei prevê essa necessariedade, a exemplo do artigo 27 do Estatuto da Cidade, que exige a anexação da proposta do terceiro à notificação que deve ser direcionada ao Município. Também não se põe a questão quando o pacto de preferência prevê a identificação do terceiro como requisito da *denuntiatio*.

Resta a dúvida naquelas situações em que a atribuição de certo direito de preferência legal não veio acompanhada da descrição do conteúdo da *denuntiatio*, bem como naquelas em que o pacto de preferência não tenha regulado de maneira precisa os elementos que devem integrar a comunicação.

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR destaca algumas situações em que pode assumir relevo o conhecimento da identidade do terceiro pelo preferente, dentre elas: (i) no âmbito do direito de preferência na locação, o terceiro, potencial adquirente do imóvel locado, é inimigo capital do preferente; e (ii) no âmbito do pacto de preempção, o imóvel a ser alienado situa-se

[242] Lecionam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, em comentário ao artigo 140 do Código Civil: "em regra, os motivos que levaram o agente a praticar determinado negócio jurídico são irrelevantes para o direito. Assim, não importa que posteriormente ao ato seja verificada a frustração da motivação subjetiva, interna e psicológica das partes" (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 277).

em rua movimentada, e se o preferente não adquiri-lo, quem o fará será seu concorrente[243].

Dizem alguns que a identificação do terceiro é requisito fundamental de qualquer *denuntiatio* regular, pois é ela que confere uma certeza maior de que a comunicação se refere a um projeto de contrato efetivamente concreto, e que não constituiu simples chamada a contratar com o preferente, dirigida pelo sujeito passivo. E mais: devendo a *denuntiatio* identificar a pessoa do terceiro interessado, ela seria ineficaz se, depois, o negócio definitivo viesse a ser celebrado com pessoa diferente da indicada na comunicação[244].

Nesse sentido, o hoje revogado Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939), ao regular as ações de preferência, previa, no parágrafo primeiro de seu artigo 311, que a interpelação para preferir deveria mencionar "o nome da pessoa a quem a coisa vai ser dada em pagamento ou vendida". A regra, contudo, não foi reproduzida pelo atual Código de Processo Civil, que sequer tratou das ações de preferência.

Outra corrente de pensamento opta por restringir o espectro do conteúdo obrigatório da comunicação, considerando-a regular independentemente da identificação do terceiro[245]. Em primeiro lugar, por não terem a lei ou o pacto previsto essa necessidade, para além das hipóteses acima referidas. Em segundo lugar, pelo fato de o interesse típico, subjacente à relação de preferência, não ser, em regra, o de impedir que o preferente contrate com determinado terceiro, mas sim facultá-lo celebrar o contrato com o sujeito passivo nos mesmos termos do projeto de contrato.

O deslinde da questão não é simples. Ao que parece, será preciso verificar, com

---

[243] "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 403.

[244] Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 497. Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, a identificação do terceiro se faz necessária porque, "se a comunicação não indicar o nome do terceiro, não há qualquer hipótese de o titular da preferência verificar a veracidade das condições comunicadas, não fazendo qualquer sentido que ele fosse exercer a preferência nessa situação" (*Direito das obrigações.* V. 1, cit., p. 240). Afirmando que a *denuntiatio* deve conter a identificação do terceiro, entre outros: (i) TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações.* V. 1, cit., p. 492; (ii) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 446; (iii) PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 379; e (iv) VIANA, Marco Aurélio S.. "Dos direitos reais", cit., p. 619. Este último, ao tratar da preferência no âmbito do direito de superfície, explica que o alienante deverá apresentar ao preferente a íntegra da proposta, endereçada ao terceiro ou por ele realizada.

[245] Nesse sentido, *v.g.*, ao tratar do direito de preferência dos condôminos, explica Américo Joaquim Marcelino: "será ele [o preferente], e não o vendedor, quem deverá diligenciar no sentido de se inteirar sobre quem se arrisca a ter por parceiro na compropriedade. Até porque o vendedor pode bem supor que ao preferente seja indiferente ter este ou aquele comprador por comproprietário. E bem frequentemente – o segredo é a alma do negócio – ao vendedor não convém revelar a identidade do potencial interessado na compra" (*Da preferência*, cit., p. 14). Também se posicionando pela desnecessidade de identificação do terceiro, entre outros: (i) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações* (apontamentos), cit., p. 158; (ii) GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 472; e (iii) RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., pp. 403-404. Para este último autor, ao tratar do pacto de preempção, a informação acerca da identidade do terceiro não seria exigível do sujeito passivo, pois seria possível depreender, do artigo 518 do Código Civil, que a *denuntiatio* deveria conter apenas o preço e as vantagens da potencial alienação. Nada impediria, entretanto, que as partes convencionassem diversamente, tornando exigível a identificação do terceiro.

acuidade, a razão pela qual o direito de preferência foi atribuído pelo legislador, ou a intenção das partes ao o instituir. Caso se conclua que, em dado contexto, a prelação assume, dentre outros papéis, o de impedir o ingresso de certos terceiros no negócio – como visto no Capítulo I, item 4, *supra*, uma das funções históricas da preferência é, justamente, o poder de exclusão de certos terceiros das relações negociais –, é de se reconhecer a importância em identificar o possível adquirente. Seriam os casos, *v.g.*, (i) de alguns acordos de acionistas, em que a *ratio* da prelação é, além de garantir aos acionistas a aquisição prioritária de participação societária, conferi-los a possibilidade de adquirir as ações caso não seja conveniente que o potencial adquirente integre o pacto parassocial; e (ii) dos direitos de preferência atribuídos aos condôminos de bens indivisíveis e aos coerdeiros, na medida em que a redação dos artigos 504 e 1.794 do Código Civil parece indicar que parte da motivação dos preceitos é impedir o ingresso de estranhos no condomínio e na comunhão hereditária, respectivamente[246].

2.2.6 *Quando proceder à comunicação. Quem deve e quem pode fazê-la, e a quem deve ser feita. Consequências da falta de comunicação ou da comunicação irregular*

Diante da constatação de que é somente quando o sujeito passivo toma a decisão de alienar o bem objeto da prelação, em certos termos ajustados com o potencial adquirente, que se constitui o direito potestativo do preferente, a *denuntiatio* realizada antes desse momento não opera seus efeitos ordinários. Significa dizer que, se o vinculado à prelação decide comunicar o sujeito ativo de que pretende celebrar o contrato objeto da preferência, sem ainda ter projetado os termos contratuais com um terceiro, não estará desonerado de seu dever de conduta[247].

---

[246] Para Carlos Lacerda Barata, a regra geral deveria ser a desnecessidade de "fazer constar do aviso para preferir o nome do terceiro interessado na realização do contrato preferível". Haveria casos, contudo, em que "deve julgar-se obrigatória a indicação", sempre que entre o terceiro e o preferente subsistissem relações jurídicas, como por exemplo nos casos de compropriedade e arrendamento, e também quando o nome do terceiro constituísse dado essencial para a correta formação da vontade de preferir. "Isto é, o nome do terceiro deverá integrar o conteúdo da *denuntiatio*, (apenas e) sempre que: o credor (preferente) tenha no conhecimento de tal elemento um interesse objectivo, e tal interesse seja objectivamente cognoscível pelo obrigado à preferência [...], ou seja, quando o princípio da boa-fé imponha ao obrigado à preferência tal conduta" (*Da obrigação de preferência*, cit., pp. 125-127).

[247] Nas palavras de Carlos Lacerda Barata, "a comunicação ao preferente de um contrato perspectivado, sem que haja qualquer terceiro interessado na realização de tal negócio, poderá (eventualmente) resultar numa vulgar contratação, mas não decerto no exercício de um direito de preferência" (*Da obrigação de preferência*, cit., p. 127).

Por outro lado, o vinculado à preferência não deve aguardar a celebração do contrato com o terceiro para, só depois, avisar o preferente, pois neste caso este último estará tomando ciência de que seu direito foi violado[248], e não de que se constituiu. A questão, então, é saber se existe, nesse lapso temporal entre a constituição do direito potestativo do preferente e a iminência da celebração do contrato com o terceiro, um momento ideal para a realização da *denuntiatio*. Será que, uma vez estabelecido com o terceiro o projeto de contrato, o sujeito passivo fica obrigado a, desde logo, avisar o preferente, ou lhe é facultado proceder à comunicação em qualquer momento posterior, desde que o faça antes da conclusão do contrato projetado com o terceiro?

A primeira alternativa parece ser a que mais se ajusta ao instituto da preferência. Como o dever de comunicar do sujeito passivo é instrumental, é preciso que o pressuposto da constituição deste dever seja o mesmo que leva ao surgimento do direito do preferente. Por outras palavras, por força da boa-fé, é no exato instante em que o direito potestativo do sujeito ativo se constitui que nasce para o sujeito passivo o dever de comunicar[249].

Com efeito, não parece razoável supor que possa o sujeito passivo, pura e simplesmente, após a constituição do direito do preferente, proceder à comunicação quando melhor lhe convier, desde que o faça antes da celebração do contrato projetado com o terceiro. A *denuntiatio*, como emanação da boa-fé, implica não só a necessidade de ser levado a conhecimento do preferente um fato que é de seu interesse, como também que essa providência seja tomada assim que possível, sem atrasos injustificados. Adiar a comunicação é esconder do preferente que o seu direito se constituiu, em afronta à boa-fé que deve pautar a relação prelatícia, assim como todas as demais situações jurídicas intersubjetivas[250].

Não é por acaso que, em outras situações nas quais a lei impõe a determinada pessoa um dever de aviso, exige que deva ele ser cumprido tão logo possível. Assim, *v.g.*, (i) nos

---

[248] Exceto se o contrato celebrado com o terceiro estiver sujeito à condição suspensiva de que o preferente não exerça o seu direito, ou à condição resolutiva de o titular da preferência querer exercê-lo (cf. BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*, cit., p. 129).

[249] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 487. Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, ao tratar do pacto de preempção, a comunicação ao preferente deve ser realizada imediatamente ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 173). Diverso é o pensamento de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, para quem a comunicação, desde que efetuada anteriormente à alienação a terceiro, seria tempestiva (*Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 238). Manuel Henrique Mesquita, de maneira semelhante, entende que o sujeito passivo da relação de preferência pode cumprir sua obrigação de comunicar "quando lhe aprouver, contanto que não realize o negócio projectado sem fazer a notificação a que a lei o adstringe. [...] Enquanto não alienar a coisa a terceiro, está sempre a tempo de a efectuar" (*Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 211, em nota de rodapé).

[250] Nesse sentido, a lição de Eduardo Takemi Kataoka, ao tratar do direito de preferência do superficiário: "de acordo com a boa-fé objetiva, o mais desejável seria que o desejo de alienação fosse, desde o primeiro momento, comunicado ao outro titular do direito real [o preferente], para que pudesse começar, o mais cedo possível, a se preparar para a eventual aquisição, ou mesmo começar as negociações para diretamente adquirir o bem" ("Contornos dogmáticos do direito de superfície no Brasil", cit., p. 606).

contratos de seguro, "o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé" (Código Civil, artigo 769); (ii) especificamente no contrato de seguro de responsabilidade civil, o segurado deverá comunicar o fato ao segurador "tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia" (Código Civil, artigo 787); (iii) dentre as obrigações do síndico de condomínio edilício, está a de "dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio" (Código Civil, artigo 1.348, inciso III); e (iv) dentre os deveres do locatário de imóvel urbano, insere-se o de "levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros" (artigo 23, inciso IV, da Lei de Locações).

Para CARLOS LACERDA BARATA, como o direito de preferência supõe uma situação de concorrência entre o titular do direito e outrem, a comunicação terá lugar quando já haja "uma proposta contratual [mas antes da respectiva aceitação] referente ao contrato preferível recebida de terceiro pelo obrigado à preferência ou por este dirigida a terceiro"[251]. Em momento anterior, isto é, na fase das negociações preliminares entre sujeito passivo e terceiro, o contrato projetado seria meramente hipotético, não sendo exigível, ainda, a *denuntiatio*.

Quem deve, em primeiro lugar, proceder à comunicação ao preferente, é o próprio sujeito passivo da relação prelatícia. Não porque a *denuntiatio* equivalha a uma proposta contratual, como esclarecido *supra* (Cap. II, item 2.3), caso em que deveria ser realizada apenas pelo sujeito passivo ou por quem o represente, mas sim porque é ele, sujeito passivo, o obrigado a cumprir esse dever de aviso, já que o direito de preferência encontra origem em uma decisão sua, de celebrar o contrato projetado em certas condições. Além disso, é ele que contratará com o preferente, caso este deseje exercer seu direito potestativo. Isto não significa, por outro lado, que o sujeito passivo seja o único que possa cumprir o dever instrumental de cientificar o preferente.

Refletindo simples dever de aviso, a comunicação para preferência pode ser realizada, também, por mandatário[252], representante, ou mesmo núncio do sujeito passivo[253]. Nessas

---

[251] *Da obrigação de preferência*, cit., p. 128. No mesmo sentido, conforme referido *supra* (Cap. II, item 1): CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 494. E ainda: BAPTISTA, Mario Neves. *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., pp. 70-71.

[252] Cf. BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*, cit., p. 133.

[253] Para a distinção entre as três figuras, confiram-se: (i) SCHREIBER, Anderson. "A representação no novo Código Civil". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 229-234; e (ii) TEPEDINO, Gustavo. "Das várias

situações, a declaração é a ele imputada. Há que se indagar, por outro lado, se terceiros, juridicamente interessados, ou não, no cumprimento desse dever instrumental, são legitimados a prestar a informação ao preferente, e em especial o terceiro com quem o sujeito passivo pretende celebrar o contrato projetado.

A respeito do cumprimento de obrigações por terceiros, determina o *caput* do artigo 304 do Código Civil que "qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la [...]". O parágrafo único, por sua vez, estabelece que "igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste". Apesar deste preceito tratar especificamente de pagamento de dívida, GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, ao comentá-lo, lecionam que "embora seja empregado, na linguagem corrente, para designar apenas a entrega de prestação em dinheiro, a doutrina reserva ao conceito de pagamento sentido técnico preciso, definindo-o como a execução voluntária da prestação devida ao credor"[254]. A exceção a esta regra circunscreve-se àquelas situações em que a prestação do devedor é *intuitu personae* ou infungível (infungibilidade natural ou jurídica), não podendo, assim, ser substituída.

Na opinião de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, o dever instrumental do vinculado à prelação, que visa a levar ao conhecimento do preferente os termos do projeto de contrato com o terceiro, não parece se inserir na categoria de obrigações *intuitu personae* ou infungíveis. Apesar de se tratar de um dever de conduta, que não se confunde com o cumprimento de obrigações pecuniárias ou de prestação de coisas – estas podem, facilmente, ser adimplidas por terceiros de modo a satisfazer perfeitamente o credor – essa circunstância, por si só, não seria suficiente para impedir que um terceiro, em especial o potencial adquirente do bem, diretamente interessado no cumprimento do dever de aviso a cargo do sujeito passivo, prestasse a informação ao preferente[255]. A este último caberia, se entender necessário, averiguar a verossimilhança da comunicação.

De maneira semelhante, e trazendo lições de doutrina alemã, esclarece ANA PRATA não haver, em princípio, razões para negar a possibilidade de realização da *denuntiatio* pelo terceiro com quem o sujeito passivo venha negociando a celebração do contrato, "dado o

---

espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Do transporte. Arts. 653 a 756". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. V. 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 1-22.

[254] *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 595.

[255] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 495: "pensamos ser legítimo admitir que, para além de outros terceiros, o candidato a parte contratante do vinculado à preferência possa cumprir o dever de comunicar que recai sobre este prosseguindo um interesse próprio nesse cumprimento". Perfilha o mesmo entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem, ao tratar do pacto de preempção, "a notificação do obrigado [à preferência] pode ser substituída pela notificação do terceiro" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 173).

princípio geral da legitimidade de qualquer terceiro para o cumprimento de uma obrigação". A resistência, a seu ver, explica-se pelo "entendimento generalizado de que a notificação [...] desempenha a função de proposta contratual, função que ficaria prejudicada se ela fosse realizada por um terceiro"[256].

Para CARLOS LACERDA BARATA, diversamente, a *denuntiatio* seria espécie de prestação infungível, na medida em que, a depender do caso, ou ela encerraria, em si, uma proposta contratual, ou um convite para contratar. Nas duas situações, a emissão da *denuntiatio* por terceiro não satisfaria o interesse do preferente, que não poderia, simplesmente, na primeira situação, dirigir a sua aceitação e, na segunda, sua eventual proposta contratual ao sujeito passivo. Como a comunicação realizada por terceiro, ainda que pelo potencial adquirente com quem tenha o sujeito passivo negociado, não supriria o dever de conduta, ela não serviria de marco inicial à contagem do prazo decadencial para exercício do direito de preferência[257].

Por sua vez, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO entende que apenas o sujeito passivo e as pessoas com poderes bastantes para representá-lo é que estariam aptos a proceder à *denuntiatio*, argumentando que, diante da declaração positiva do preferente, fechar-se-ia, de imediato, o contrato projetado ou, pelo menos, um "contrato-promessa", de modo que se deveria exigir do comunicante a legitimidade para contratar[258].

Ponderando os dois pontos de vista, e tendo em mente que a *denuntiatio* não encerra, em si, uma proposta contratual, não parece haver razões para impedir que o terceiro, potencial adquirente do bem, venha a realizá-la. A dificuldade será definir, nestes casos, o marco inicial da contagem do prazo decadencial para o preferente declarar se deseja, ou não, preferir[259].

Deve a *denuntiatio*, por óbvio, ser direcionada ao titular do direito potestativo de preferência, ou a representante por ele indicado. Diante da pluralidade de preferentes, a comunicação, para ser regular, deverá ser feita a todos eles. Esta situação poderá ocorrer quando um mesmo direito de preferência couber a diversas pessoas simultaneamente, a exemplo (i) do acordo de acionistas que preveja, diante da intenção de um dos signatários em

---

[256] *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., pp. 381-382. Para Pontes de Miranda, "[a] afirmação do propósito de venda, enunciado de fato, pode partir do sujeito passivo, ou do próprio outorgado, ou de terceiro, que se haja incumbido da afrontação a que se refere o Código Civil, art. 1.153 [atual 516], ou que apenas comunique ao outorgado ter recebido oferta do sujeito passivo e desejar que fique ciente o outorgado" (*Tratado de direito civil*. T. XXXIX, cit., p. 291).

[257] *Da obrigação de preferência*, cit., p. 132.

[258] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 496.

[259] Para Carlos Lacerda Barata, quando a comunicação é realizada por terceiro, ela "não despoleta o prazo de caducidade", exceto se se tratar de terceiro agindo em nome do sujeito passivo, a exemplo de seu mandatário (*Da obrigação de preferência*, cit., p. 132).

alienar sua participação, direito de preferência dos demais, proporcionalmente às ações que possuírem, vinculadas ao pacto parassocial, e (ii) do direito de preferência garantido aos coerdeiros, nos termos do parágrafo único do artigo 1.795 do Código Civil, pelo qual, sendo vários os coerdeiros a exercer a preferência, o quinhão alienado será distribuído entre eles na proporção das respectivas quotas hereditárias.

Poderá haver, também, pluralidade de preferentes sucessivos, a exemplo da previsão do artigo 34 da Lei de Locações, pela qual "[h]avendo condomínio no imóvel, a preferência do condômino terá prioridade sobre a do locatário". Nesta última hipótese, apesar de o exercício do direito de um dos preferentes ser subordinado, a decisão do sujeito passivo em celebrar o contrato projetado é única, de modo que a constituição dos direitos de preferência é simultânea, razão pela qual, ao que parece, deve a *denuntiatio* ser endereçada a todos os preferentes.

No ordenamento jurídico português, abre-se uma exceção a esta regra: se as preferências forem sucessivas, admite o artigo 1.461 do Código de Processo Civil lusitano que o sujeito passivo, em vez de notificar todos os preferentes de uma vez, notifique primeiro quem tem a melhor preferência, e apenas na hipótese de este preferente declinar de seu direito, notificar o próximo, e assim sucessivamente. Apesar de esta regra parecer perfeitamente lógica, como não há, no Brasil, disposição semelhante, o mais seguro, para o sujeito passivo, é comunicar todos os preferentes.

Antes de passar à análise da declaração do preferente para exercício de seu direito, objeto de abordagem no item a seguir, importa determinar as consequências da eventual ausência de comunicação, ou da comunicação irregular.

Tanto quando a *denuntiatio* é realizada de maneira deficiente – em momento muito posterior à constituição do direito do preferente, com conteúdo insuficiente ou inadequado –, como quando ela simplesmente não é realizada, caberá ao preferente ressarcimento pelos prejuízos comprovadamente sofridos, conforme a disciplina geral da responsabilidade civil[260]. Além disso, se se tratar de direito de preferência com eficácia real, e o bem tiver sido indevidamente alienado a terceiro, poderá o titular da prelação pleitear a tutela específica de seu direito. Essas e outras questões serão desenvolvidas no próximo Capítulo.

[260] Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 187, ao tratar do pacto de preempção: "o direito de prelação está sendo violado não só pela omissão do comprador [sujeito passivo] em notificar o vendedor [preferente] de que pretende alienar o bem, mas ainda se esta notificação for incompleta, não se referindo aos exatos termos em que o negócio será celebrado (qual o preço fixado, se o pagamento será à vista ou a prazo, se será parcelado etc.)". Em sentido semelhante, LÔBO, Paulo Luiz Netto ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 183): "[a] responsabilidade pelas perdas e danos do vendedor [preferente] deriva do inadimplemento do dever de informar do comprador [sujeito passivo]".

De todo modo, a comunicação irregular não produzirá o efeito de marcar o início do prazo decadencial em que o direito potestativo deverá ser exercido[261] – prazo este que não se confunde com o lapso temporal dentro do qual, diante da violação de seu direito, o titular da preferência pode, em certos casos, pleitear a execução específica (como, *v.g.*, os previstos nos artigos 504 e 1.795, parágrafo único, do Código Civil), nem tampouco com o prazo de vigência do direito de preferência (como, *v.g.*, os previstos no artigo 25, § 1º, do Estatuto da Cidade e no artigo 513, parágrafo único, do Código Civil).

Com relação a este último, parte da doutrina entende, ao que parece equivocadamente, não se tratar de prazo de vigência do direito de preferência. Para esta corrente, tanto os prazos previstos no artigo 513, parágrafo único, como os previstos no artigo 516, ambos do Código Civil, referem-se aos prazos decadenciais dentro dos quais, recebida a *denuntiatio*, o preferente deverá se manifestar. Da conjugação destes dispositivos extrair-se-ia o seguinte: "se o bem for móvel, no silêncio das partes, o prazo é de 3 dias, mas admite-se que elas possam fixar um prazo de até 180 dias; se o bem for imóvel, o prazo legal é de 60 dias, mas pode ser estendido por até 2 anos, igualmente pela vontade das partes"[262].

2.3 **O exercício do direito de preferência, via declaração**

2.3.1 *Qualificação jurídica e efeitos da declaração positiva do sujeito ativo*

Recebendo a notícia, em geral por meio da *denuntiatio*, de que o sujeito passivo pretende realizar o negócio sobre o qual recai a prelação, deverá o preferente declarar se deseja, ou não, exercer seu direito potestativo de preferir. Enquanto o principal efeito da

[261] Cfr. STJ, 3ª T., REsp 1.103.241, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.09.2009, v.u., DJ 16.10.2009.

[262] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 185. Em sentido contrário, entendendo que os prazos do art. 513, parágrafo único, delimitam a extensão temporal do direito de preferência, enquanto os prazos do art. 516 dizem respeito ao período de reflexão dado ao preferente, a fim de que este decida sobre o exercício da preempção: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 396. Também para Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, o parágrafo único do artigo 513 estaria a trazer prazos de vigência do pacto de preempção, em respeito ao que denominaram "Princípio da Socialidade" (*Código Civil anotado*: inovações comentadas artigo por artigo. São Paulo: Método, 2005, p. 262). No mesmo sentido: (i) COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V. 3, cit., p. 157; e (ii) CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érica Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*: contratos e obrigações extracontratuais. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003, p. 67. Trata-se, como preconiza Álvaro Villaça Azevedo, de norma de ordem pública: "o legislador não permite que cada um dos prazos possa ser maior (exceder), nem a vontade dos interessados pode superá-lo. [...] [S]e qualquer dos prazos for maior não haverá nulidade, mas ineficácia do que ultrapassar o tempo fixado na lei" ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 304).

constituição do direito de preferência, para o sujeito passivo, é o nascimento de seu dever instrumental de comunicar o preferente – que neste momento não pode, ainda, exigir a celebração do contrato projetado com o terceiro –, a principal consequência da declaração positiva do preferente, que traduz o exercício de seu direito potestativo, é a constituição, na esfera jurídica do vinculado à preferência, de uma nova obrigação, de contratar com o preferente nos mesmos termos e condições do projeto de contrato ajustado com o terceiro. Obrigação esta que encontra correspondência no direito de crédito do preferente, nascido com o exercício da prelação, daí porque falar-se em direito de preferência como "direito potestativo constitutivo de um direito de crédito" (Cap. I, item 6.5, *supra*). Confira-se, a este respeito, mais uma vez, a lição de MANUEL HENRIQUE MESQUITA:

> "O que existia, portanto, até este momento, [...] era um direito de natureza potestativa, de cujo exercício, traduzido numa declaração de vontade do respectivo titular [da prelação], dirigida ao sujeito vinculado à preferência, nasce uma nova obrigação a cargo deste – a obrigação de realizar o contrato de alienação com o preferente. [...] O preferente, através da declaração negocial dirigida ao exercício da prelação, [...] faz nascer [...] uma relação creditória"[263].

O conteúdo deste dever de contratar, que se constitui na esfera jurídica do sujeito passivo, frise-se, é objetivamente o mesmo do projeto de contrato ajustado com o terceiro, já que preferir significa justamente uma prioridade em paridade de condições. Não é, assim, o conteúdo da *denuntiatio* que definirá os termos do contrato a ser celebrado com o preferente, pois ela somente exterioriza um direito já constituído. Significa dizer que, em caso de divergência entre a *denuntiatio* e os termos do projeto de contrato com o terceiro, este último prevalecerá, o que pode vir a ser vantajoso ou desvantajoso para o preferente. O cumprimento do dever de comunicar, instrumental, não pode alterar a substância do direito de preferir (cf. Cap. I, item 3.3, *supra*).

A manifestação positiva do preferente, que denota o exercício do direito potestativo, por ser uma declaração de vontade que, chegando ao conhecimento do sujeito passivo, tem como efeito a constituição de um dever de contratar em sua esfera jurídica, integra, quanto à

---

[263] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 212-213. Em sentido semelhante: GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 516. Para este último, como a declaração positiva do preferente constitui a cargo do sujeito passivo um dever de com ele contratar, pode-se dizer que o pacto de preferência integra a espécie de contratos preparatórios (*Ibid*, p. 519). Pontes de Miranda, por sua vez, ao tratar do pacto de preempção, esclarece que, com o exercício da preferência, o sujeito passivo está sujeito a que se marque dia e hora para "a conclusão da compra e venda do bem" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 297).

sua formação, a categoria dos negócios jurídicos unilaterais obrigacionais receptícios. É negócio jurídico na medida em que se trata de "declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente"[264]. Unilateral porque "se perfaz com uma só declaração de vontade"[265]. Obrigacional por se destinar a "criar obrigações, relações jurídicas em que uma das partes pode exigir de outra uma certa prestação"[266]. E, finalmente, receptício, por ser "endereçad[o], emitid[o] para que chegue ao destinatário"[267]. De fato, a doutrina costuma qualificar a declaração positiva do preferente como "um negócio jurídico unilateral receptício", uma "declaração unilateral receptícia", "declaração receptícia" ou "declaração unilateral de vontade"[268].

Sendo espécie de negócio jurídico, a validade e a eficácia da declaração de preferência subordinam-se aos requisitos gerais desse tipo de negócio, de modo que, na forma do artigo 104 do Código Civil, o preferente deverá, na ocasião da declaração, ter capacidade para manifestar sua vontade, ou estar devidamente assistido ou representado. Além disso, sua vontade deverá ter sido manifestada livremente, sem estar eivada por vícios do consentimento, o que poderia ocorrer, por exemplo, se o preferente declarasse sua intenção em preferir nos termos da comunicação, mas esta não refletisse de modo fiel os termos do contrato projetado.

Uma declaração inválida, na visão de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, entretanto, não acarreta, necessariamente, a preclusão do direito de preferência, pois se subsistir o fundamento da prelação, e o prazo para seu exercício ainda não tiver expirado, a declaração inválida poderia ser renovada, agora, validamente[269].

Como regra geral, a validade da declaração do preferente, assim como a *denuntiatio*, não depende de forma especial, pois a lei assim não exige (cf. artigo 107 do Código Civil). Ressalvam-se, é claro, (i) as situações em que o legislador determina, para o exercício de um dado direito de prelação, que a declaração siga certa formalidade especial – a exemplo do direito de preferência em favor do Município, com relação a certas áreas delimitadas no plano diretor. Para exercer a preferência, deverá o Município "publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso [...] da intenção de

[264] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1, cit., p. 476.
[265] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1, cit., p. 496.
[266] AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 393.
[267] AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 402.
[268] Respectivamente: GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 516; MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 210; BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*, cit., p. 142; e MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 293.
[269] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 519.

aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada" (artigo 27, § 2º, do Estatuto da Cidade) –, e (ii) as situações em que o próprio pacto de preferência estabelece que a declaração do sujeito ativo devesse seguir certa forma, por exemplo, a escrita.

Muito embora, a rigor, o dever de contratar com o preferente somente se constitua com a declaração positiva deste último, o princípio da boa-fé, que deve nortear todo o desenvolvimento da relação prelatícia, indica que o sujeito passivo deverá aguardar, desde o momento da constituição do direito até o seu exercício, a manifestação do preferente, não devendo contratar com o terceiro neste ínterim – período em que o direito de preferência já está constituído, mas não está ainda o dever de contratar com o preferente[270].

2.3.2 *Quando proceder à declaração. Quem pode fazê-la, e a quem deve ser feita. Conteúdo da declaração. Consequências da falta de declaração ou da declaração irregular*

O prazo decadencial para exercício do direito de preferir – por vezes, previsto em lei, por vezes, no pacto que institui a preferência, por vezes sequer previsto, caso em que o sujeito passivo deverá conceder prazo razoável ao preferente (cf. Cap. II, item 2.1, *supra*) – começa a correr quando a *denuntiatio* chega ao conhecimento do sujeito ativo. Deve-se seguir, para a contagem do prazo, a regra geral do artigo 132 do Código Civil, cujo *caput* preceitua: "[s]alvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento". Assim, se por hipótese, o sujeito ativo recebe a *denuntiatio* no dia 1º, e lhe é concedido o prazo de 10 dias, poderá regularmente exercer seu direito potestativo até o final do dia 11.

Como, entretanto, a declaração para preferir enquadra-se na categoria de negócios jurídicos receptícios, ela deverá chegar ao conhecimento do sujeito passivo até o final do prazo, e não simplesmente ter sido emitida pelo preferente, devendo o declarante suportar as consequências do atraso na recepção: "as declarações de vontade dizem-se receptícias quando se dirigem a destinatários especiais, que dela devem ter ciência sob pena de ineficácia do ato"[271].

---

[270] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 447.

[271] AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 402. No mesmo sentido: BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*, cit., p. 142: "a declaração de preferência constitui uma declaração receptícia. Portanto, para que seja eficaz deverá chegar ao poder do destinatário (o obrigado à preferência) dentro do prazo".

Está legitimado a exercer a declaração para preferir o sujeito ativo, titular do direito potestativo em decorrência de previsão legal ou contratual, por si ou por seus representantes, legais ou voluntários[272]. Diversamente da *denuntiatio* – que, como visto (Cap. II, item 2.6, *supra*), pode ser realizada por quem não tenha poderes de representação do sujeito passivo, a exemplo do terceiro com quem é ajustado o projeto de contrato –, a declaração para preferência, por se tratar de manifestação de vontade consubstanciada em negócio jurídico unilateral, somente pode ser efetuada pelo próprio preferente ou por quem tenha poderes de representá-lo. A declaração realizada por terceiro sem poderes de representação, então, deverá ser considerada como exercício de direito alheio, sem, portanto, ter o condão de realizar na esfera jurídica do sujeito passivo a modificação jurídica típica do exercício do direito potestativo, isto é, a constituição da obrigação de contratar com o preferente.

Não estaria legitimado, assim, para exercer o direito de preferência, via declaração, o mandatário sem representação, quando ausente a *contemplatio domini*, agindo o mandatário em nome próprio, e não no do mandante[273]. Entretanto, e a despeito da controvérsia que gira em torno do mandato sem representação, ao que parece essa figura não foi contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se torna inócua qualquer discussão a respeito do tema[274].

Por se tratar de negócio jurídico unilateral receptício, a declaração deve ser dirigida ao sujeito passivo, ou às pessoas por ele indicadas.

Com relação ao conteúdo da declaração para exercício do direito potestativo, em geral a lei não traz maiores exigências, devendo o preferente, simplesmente, manifestar seu interesse em preferir, sem reservas ou expressões ambíguas, de modo que sua intenção seja depreendida de maneira inequívoca pelo vinculado à preferência. Levar ao conhecimento do sujeito passivo seu desejo em preferir é incumbência do preferente – obrigação potestativa sua ou ônus, na lição de PIETRO PERLINGIERI[275] –, de modo que, diante de manifestação duvidosa, a declaração não terá sido exercida positivamente, o que poderá acarretar a decadência do

---

[272] A declaração realizada por representante do preferente pode eventualmente conduzir a um problema de conflito de interesses. Basta imaginar a situação em que o representante, num primeiro momento, manifesta perante o sujeito passivo, em nome do preferente (representado), a intenção de não preferir – ou deixa escoar o prazo decadencial sem se manifestar –, e, num segundo momento, ele próprio, representante, celebra com o sujeito passivo o contrato preferível. Nos termos do artigo 119, *caput*, do Código Civil, "[é] anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser de conhecimento de quem com aquele contratou".

[273] É esta a posição de Agostinho Cardoso Guedes (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 537).

[274] Cf. TEPEDINO, Gustavo, "Das várias espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Do transporte. Arts. 653 a 756", cit., p. 22.

[275] "Ônus: dito obrigação potestativa: o ônus pode ser definido, com expressão de conveniência, como uma obrigação potestativa, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não" (*Perfis do direito civil*, cit., p. 128).

direito potestativo, com a consequente liberação do vinculado à preferência para contratar com terceiros.

Incluem-se, aqui, todas as situações em que o preferente não afirma, de maneira evidente, que deseja preferir – o preferente declara que quer preferir, mas apenas em momento posterior, que deseja preferir, mas por outro preço ou outras condições de pagamento, que deseja saber mais informações a respeito do negócio, etc.[276] –, desde que, é claro, a *denuntiatio* tenha sido realizada de forma regular, levando a conhecimento do sujeito ativo a decisão do obrigado à preferência em celebrar o contrato objeto da prelação, bem como todas as condições objetivas do negócio projetado.

Caso contrário, isto é, se a *denuntiatio* tiver sido prestada prescindindo de seu conteúdo mínimo obrigatório, ou com informações incorretas, não terá tido início o prazo decadencial dentro do qual deverá ser exercida a prelação (cf. Cap. II, item 2.1, *supra*) que, frise-se, não se confunde com o prazo decadencial para executá-la especificamente, quando, tendo sido o bem indevidamente alienado a terceiro, seja a preferência dotada de eficácia real (cf., *v.g.*, artigos 504 do Código Civil e 33 da Lei de Locações). Poderá, então, o preferente solicitar informações adicionais, eventualmente omitidas, acerca do negócio, sem se preocupar com o decurso do prazo decadencial para exercício de seu direito potestativo, que sequer terá principiado.

Além disso, a declaração para preferir poderá ser realizada validamente mesmo diante da ausência da *denuntiatio*, se o preferente vier a tomar conhecimento da constituição de seu direito por outros meios. Nessa situação, também não estará correndo o prazo decadencial para exercício da prelação, mas, quando o direito de preferência for oponível perante terceiros, poderá ter se iniciado o prazo decadencial para reaver o bem indevidamente alienado, que pode ser contado (i) a partir do conhecimento, pelo preferente, da violação de seu direito, a exemplo da previsão do artigo 504 do Código Civil, que confere ao condômino preterido em seu direito o prazo de 180 dias para, depositando o preço, reaver para si a parte indevidamente vendida a estranhos[277], ou (ii) a partir do registro da transferência indevida,

[276] Na lição de Álvaro Villaça Azevedo, a preferência deverá ser exercida em "condições iguais, pelo menos, às oferecidas pelo terceiro-comprador", sob pena de perda do direito ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 311). A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já teve oportunidade de afirmar que, enviada a comunicação, "deve o locatário [preferente] examinar, com precisão, seus termos, para após, manifestar-se, aceitando-a – integralmente – ou rejeitando-a. No caso, entretanto, dissentiram os locatários dos critérios nela declinados, equivalendo tal atitude à rejeição da proposta" (TJ/RJ, 2ª CC, AC 0012080-70.1997.8.19.0042, Rel. Des. Elisabete Filizzola, j. 07.07.2010, v.u.). No mesmo sentido, TJ/RJ, 6ª CC, AC 0156647-50.2002.8.19.0001 (2004.001.16608), Rel. Des. Gilberto Rego, j. 04.11.2004, v.u.; e TJ/RJ, 4ª CC, AC 0008063-93.1992.8.19.0000 (1992.001.02935), Rel. Des. Caetano Costa, j. 27.10.1992, v.u..

[277] O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com relação a este ponto, já exarou a seguinte decisão: "[o] prazo de seis meses [atuais cento e oitenta dias] para ser exercido o direito de preferência, previsto no art. 1.139 do CC

como prevê o artigo 33 da Lei de Locações, que faculta ao locatário cujo contrato de locação esteja averbado junto à matricula do imóvel pelo menos trinta dias antes da data da transferência, depositar o preço e haver para si o imóvel locado, desde que o faça nos seis meses posteriores ao registro do ato no Cartório de Imóveis.

O não exercício do direito de prelação, seja deixando o preferente escorrer o prazo decadencial sem se manifestar, seja declarando expressamente que não pretende preferir, acarreta a perda de seu direito, por caducidade e renúncia, respectivamente. A perda do direito de exercer a preferência na celebração de determinado contrato, contudo, nem sempre extinguirá a relação prelatícia, que poderá sobreviver, de modo que futuras alienações poderão ter de se sujeitar, outras vezes, à prévia manifestação do preferente. Tratando-se de direitos de preferência legais, tal sucederá sempre que, mesmo após a alienação do bem, mantiver-se a situação concreta à qual a lei associa uma relação de preferência. Assim, *v.g.*, se um imóvel alugado vem a ser alienado a terceiro, pois o locatário, à época da alienação, manifestou seu desinteresse em adquiri-lo e, posteriormente, o adquirente, que veio a se tornar seu locador, decide alienar novamente o bem, deverá oferecer preferência ao locatário.

Diversamente, em se tratando de pactos de preferência, o não exercício do direito potestativo, seguido de alienação do bem a terceiro, implica, em regra, a extinção da relação prelatícia, de modo que futuras alienações não deverão ser submetidas ao preferente. Isso não impede, entretanto, que se estipule contratualmente a necessidade de o sujeito passivo transmitir a obrigação de dar preferência ao terceiro, adquirente do bem, "obtendo para o efeito, bem entendido, o acordo deste"[278]. O caráter personalíssimo do pacto de preempção, previsto no artigo 520 do Código Civil ("O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros"), que levou GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES a afirmarem que "em vida, não poderá de nenhuma forma ser transmitido"[279], não parece apto a alterar esta conclusão. Isto porque, ainda que o direito de preferência venha a ser considerado, de maneira geral, *intuitu personae*, o fato é que a submissão voluntária do adquirente aos termos previamente acordados equivale, a rigor, à concessão, por este último, de novo direito de preferência ao sujeito ativo. Além disso, como

---

[de 1916], conta-se do instante em que o condômino toma conhecimento da venda, não lhe cabendo o ônus de provar que não teve ciência desse fato. Mas cabe à parte contrária demonstrar que ele tivera esse conhecimento em prazo anterior aos seis meses fixados em lei" (TJ/RJ, 4ª CC, EI 16.057/81, Rel. Des. Jorge Loretti, j. 10.03.1982, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., pp. 208-210).

[278] MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 199.

[279] *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 189.

mencionado, os artigos do Código Civil que regulam o pacto de preempção não representam uma regulamentação geral dos direitos de preferência.

Enquanto parte da doutrina inadmite a renúncia prévia ao exercício do direito de preferência, argumentando que só diante de um projeto concreto de contrato é que o preferente poderia, validamente, renunciar[280], para outra corrente, a possibilidade, ou não, de renúncia prévia – e esta parece ser a posição que melhor se coaduna ao instituto –, está atrelada à origem legal ou convencional da relação prelatícia: "se em sede de preferência negocial é possível que o preferente renuncie antecipadamente ao direito, sejam quais forem as condições para o seu exercício, já em caso de preferência legal tal não é possível"[281]. A impossibilidade de renúncia prévia de direitos legais de preferência seria, assim, reflexo dos interesses de ordem pública que justificam a sua concessão[282], e do caráter imperativo das normas que regulam as relações jurídicas em que se inserem.

2.3.3 *Pluralidade de preferentes*

A declaração para exercício do direito potestativo constitutivo, diante da pluralidade de preferentes, não comporta fórmula única. Para analisar sua regularidade, devem ser distinguidas as situações de preferências sucessivas e simultâneas.

Caso se trate de direito de preferência sucessivo, isto é, quando a lei ou o pacto pré-estabelecem certa ordem para o exercício da prelação, a ausência da manifestação de alguns dos preferentes, ou mesmo uma declaração negativa de parte deles, não acarreta, necessariamente, a caducidade do direito dos demais. Integram esta categoria, dentre outros, (i) o direito de preferência dos condôminos de bem indivisível – diante do interesse de mais de um condômino na aquisição da quota parte a ser alienada, prefere-se o que tiver realizado, no bem, mais benfeitorias e, em seguida, o titular da maior fração ideal (cf. artigo 504 do Código Civil) –; e (ii) o direito de preferência do locatário e do condômino – quando houver condomínio no imóvel locado, o direito do condômino terá prioridade sobre o do locatário (cf. artigo 33 da Lei de Locações). Diante de direitos de prelação sucessivos, os preferentes silentes, e aqueles que tiverem exarado declaração negativa, terão, respectivamente, seu

[280] Esta parece ser a posição de António Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 500).
[281] BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*, cit., p. 141. No mesmo sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 448-449, em nota de rodapé.
[282] "Os direitos legais de preferência inspiram-se em razões de ordem pública" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *O depósito do preço na acção de preferência*: separata da revista de legislação e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 13).

direito caducado ou expressamente não exercido. Por outro lado, dentre os que declararem que desejam preferir, terá prioridade aquele com a melhor preferência.

Já em se tratando de direitos de preferência simultâneos, a exemplo do concedido aos coerdeiros – sendo vários os coerdeiros interessados na aquisição da quota hereditária, o quinhão a ser cedido será distribuído entre eles, na proporção de suas respectivas quotas (cf. art. 1.795, parágrafo único, do Código Civil) –, cumpre indagar se o exercício do direito, para ser eficaz, depende de manifestação positiva de todos os preferentes. E mais: em caso de resposta negativa, isto é, de que não seria necessário o exercício do direito potestativo por todos, se poderiam, ou não, os interessados na aquisição exigir que lhes fossem transferidas apenas partes do bem que o sujeito passivo pretende alienar[283] – no caso dos coerdeiros, na proporção de sua participação na herança. Essas questões serão dissecadas no Capítulo IV, item 1.4.1, *infra*, dedicado ao pacto de preferência para aquisição de ações inserido em acordo de acionistas, em que é comum a previsão de preferências simultâneas. Por ora, vale deixar registrada a possibilidade de aplicação analógica, às preferências simultâneas, da previsão do artigo 517 do Código Civil, que trata do pacto de preempção. Preceitua este dispositivo que "[q]uando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita"[284].

Vale mencionar, a título de curiosidade, que no ordenamento jurídico português, o exercício de preferências simultâneas vem regulado no artigo 419, n. 1, do Código Civil, pelo

---

[283] João Leães Sobrinho já teve de se manifestar a respeito dessa questão, em parecer jurídico. Tratava-se o caso de direito de preferência no âmbito do arrendamento rural. O proprietário pretendia alienar um imóvel em que diversas pessoas figuravam como arrendatárias (cada qual de uma fração distinta), e um dos arrendatários – o consulente – pretendia exercer a preferência apenas sobre a parte do imóvel que arrendava. Apesar dos termos do artigo 46 do Decreto nº 59.566/1966, que ao regulamentar a Lei nº 4.504/1964 – Estatuto da Terra –, determinou que "[s]e o imóvel rural em venda estiver sendo explorado por mais de um arrendatário, o direito de preempção só poderá ser exercido para a aquisição total da área", entendeu o parecerista que teria havido extrapolação da competência regulamentar, e que o arrendatário poderia, sim, exercer a preferência apenas sobre parte do imóvel ("Venda de imóvel rural. Fazenda dividida em glebas distintas, arrendadas a pessoas diversas. Venda do todo a terceiro. Notificações prévias aos arrendatários com teor e datas diferentes. Ineficácia. Se a eles é dado exercer o direito de preferência apenas sobre a parte arrendada". In: *Revista dos Tribunais*. V. 499. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 1977, pp. 44-52). Em sentido contrário, em parecer que versava sobre o mesmo tema, vale mencionar a posição de Álvaro Villaça Azevedo ("Direito de preferência em arrendamento rural", cit., p. 190). Para ele, o direito de preferência "deve ser exercido, exatamente, nos limites do negócio global alvitrado pelo proprietário".

[284] Para Paulo Luiz Netto Lôbo, se mais de um preferente desejar obter a coisa em sua integralidade, dever-se-á priorizar o preferente que, dentro do prazo decadencial para exercício do direito, primeiro tiver procedido ao depósito do preço ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 182). A posição não parece correta. Melhor seria, neste caso, alienar a coisa a todos interessados, que passarão, assim, a ser condôminos.

qual "se o direito se extinguir em relação a algum [dos preferentes], ou algum declarar que não o quer exercer, acresce o seu direito aos restantes".

2.3.4 *Sujeito passivo e preferente podem, de comum acordo, celebrar o contrato em termos diversos do projetado com o terceiro?*

O direito de crédito que passa a integrar o patrimônio do sujeito ativo, depois de manifestada sua intenção de contratar com o vinculado à preferência, é o de com este celebrar um contrato nos exatos termos e condições do projeto ajustado com o terceiro. É o "tanto por tanto" do direito de preferência. Não é facultado ao preferente, assim, pretender alterar o conteúdo do projeto de contrato. Se o fizer – imagine-se, por exemplo, situação em que o terceiro estaria disposto a pagar o preço à vista, e o preferente declara que pretende exercer seu direito, mas mediante pagamento parcelado –, poderá ver caducar o seu direito potestativo.

Isso não significa, por outro lado, que uma vez manifestada a intenção de preferir, e constituído o dever do sujeito passivo de contratar, não possam as partes modificar, de comum acordo, certas cláusulas do contrato projetado, de modo que, ao final, o contrato definitivo, celebrado entre sujeito passivo e preferente, não seja objetivamente análogo ao projeto de contrato ajustado entre sujeito passivo e terceiro. Contudo, se isto ocorrer, será ao abrigo da liberdade contratual, e não do instituto da preferência. A esta conclusão chega PAULO LUIZ NETTO LÔBO, em comentário ao artigo 515 do Código Civil: "não há impedimento legal de que este [sujeito passivo] concorde com as modificações propostas [pelo preferente], não podendo o terceiro interessado na compra opor-se a elas"[285].

Vale citar, a esse respeito, interessante parecer proferido por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, relativo a direito de preferência dos coerdeiros para a aquisição de quotas hereditárias (cf. artigo 1.794 do Código Civil). No caso, o espólio do Sr. Ermelino Matarazzo ("Espólio") celebrou com terceiro, a Lindencorp Desenvolvimento Imobiliário S.A. ("Lindencorp"), contrato de cessão de direitos hereditários sujeito a condição suspensiva, do não exercício do direito de preferência pelos coerdeiros. Um deles, a Sra. Filomena Matarazzo, interessou-se na aquisição. Entretanto, em sua declaração para exercer a prelação,

[285] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 177.

propôs certos termos que divergiam do contrato original com a Lindencorp. Além disso, o depósito de parte do preço foi por ela efetuado somente após o prazo de 60 dias, previsto na comunicação para preferir. Não obstante, o Espólio alienante aceitou as condições propostas pela Sra. Filomena Matarazzo, com ela celebrando um instrumento particular de cessão de direitos hereditários.

A Lindencorp, sentindo-se prejudicada com a forma com que as negociações se desenrolaram, solicitou a consulta do referido parecerista. Este, por sua vez, entendeu, diante da análise dos fatos, que a declaração da Sra. Filomena Matarazzo, nos moldes em que foi realizada, não representou verdadeiro exercício de direito de preferência, aduzindo que "o exercício da preferência depende de a oferta do preferente ser idêntica à do terceiro". Assim, a declaração de preferência, da forma com que foi efetuada – com "(i) significativas diferenças entre a proposta da Lindercorp e a de da. Filomena Matarazzo e (ii) a falta de depósito do preço ou parte do preço no prazo" –, não estaria apta a impedir o implemento da condição suspensiva de que dependia a eficácia do contrato entre o Espólio e a Lindencorp, isto é, de que nenhum coerdeiro exercesse a preferência. Dever-se-ia considerar, então, perfeito e acabado, e plenamente eficaz, o contrato celebrado entre o Espólio e a Lindencorp. Nas palavras do parecerista:

> "Ora, a proposta de da. Filomena Matarazzo [coerdeira] ao Espólio de Ermelino Matarazzo não foi tanto por tanto ou igual à da Lindencorp [terceiro]. As diferenças foram indicadas na notificação datada de 12 de setembro de 2006 [...]; basicamente revelam que a preferência não foi eficazmente manifestada. A verdade é, pois, que o negócio entre o Espólio de Ermelino Matarazzo e a Lindencorp, considerando que os demais condôminos não se manifestaram e que quem se manifestou não o fez eficazmente, consolidou-se definitivamente"[286].

Ligando a lição do parecerista com a afirmação, antes realizada, de que preferente e sujeito passivo podem, depois de exercida a preferência e ao abrigo da liberdade contratual, alterar certas características do projeto de contrato ajustado com o terceiro, é possível extrair que tal não poderá suceder quando tenha havido celebração de contrato definitivo com o terceiro, sujeito a condição suspensiva, do não exercício do direito de preferência por quem quer que o detenha[287]. Caso o sujeito passivo aceite as modificações sugeridas pelo preferente,

---

[286] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Herdeiro *ex re certa*. Direito de preferência entre condôminos. Abuso de direito e fraude à lei (parecer)", cit., pp. 552-553.

[287] Vale conferir, a esse respeito, o seguinte precedente: TJ/SP, 4ª CDPriv., AC 9047055-91.2000.8.26.0000 (166.992-4/2-00), Rel. Des. Olavo Silveira, j. 28.09.2000, v.u.. Neste caso, um dos signatários do acordo de acionistas com previsão de direito de preferência celebrou com terceiro um contrato preliminar de compra e

como não terá havido exercício eficaz do direito de prelação, de modo que a condição suspensiva no contrato entre sujeito passivo e terceiro ter-se-á por implementada, o sujeito passivo estará alienando ao preferente um bem que não mais lhe pertence[288].

2.3.5 *O exercício da prelação constitui para o preferente uma obrigação de contratar?*

Exercida a prelação, nasce para o preferente o direito de exigir do sujeito passivo a celebração do contrato, nos termos projetados com o terceiro. Cumpre definir, entretanto, se ao lado desse direito de crédito, surge também uma obrigação na esfera jurídica do sujeito ativo, isto é, se a partir de sua declaração positiva, ele tem, ou não, o dever de contratar com o vinculado à preferência.

Para MANUEL HENRIQUE MESQUITA, "após declarar que quer exercer a preferência, B [preferente] tem não apenas o direito de exigir a celebração do contrato de compra e venda (nas condições que A [sujeito passivo] ajustou com o terceiro), mas também a obrigação de o celebrar". Na visão deste autor, se assim não fosse, o sujeito passivo correria o risco de não poder vender a coisa a ninguém. Não poderia vendê-la a terceiro, porque teria de respeitar o direito de preferência, e só poderia vendê-la ao preferente se este, não obstante haver manifestado a vontade de preferir, se dispusesse a adquiri-la. Seguindo esta linha de raciocínio, conclui o autor que o vinculado à preferência e o preferente ficariam, depois de o

---

venda de ações, sujeito à condição suspensiva do não exercício da preferência. Pouco tempo depois, o acionista alienante informou ao promissário comprador que a preferência fora exercida, de modo que o contrato preliminar celebrado seria ineficaz. Inconformado, o promissário comprador ingressou em juízo pleiteando, em sede cautelar, a exibição dos documentos comprobatórios do exercício da preferência e da efetiva formalização do negócio com o preferente. O pedido foi deferido, nos seguintes termos: "[c]ontrato preliminar de compra e venda de ações. Existência de condição suspensiva pertinente ao exercício de direito de preferência por outra acionista. Direito afirmado como exercido. Pretendida exibição de documentos provando a efetivação da preferência nas mesmas condições oferecidas no contrato preliminar. [...] Muito embora alegue [o acionista alienante] que o único documento que tem, e que poderia exibir, e já foi exibido, seria a comunicação que fez contemplando sua intenção de exercer o direito de preferência, não é isso, segundo a inicial, que a autora está pleiteando, até porque reconhece que a intenção de exercitar aquele direito foi manifestada no prazo previsto no contrato preliminar. O que a autora pretende seja exibido é o documento referente à formalização daquela intenção e em que condições, isto é, se a compra pretendida pela Telia AB [preferente] observou as mesmas condições e prazos constantes da proposta. [...] O que a autora deseja saber é se a Telia AB, que manifestou a intenção de exercitar o seu direito de preferência, exerceu-o, efetivamente e mais, se ao exercê-lo, o fez nas mesmas condições de sua proposta. [...] O que se tem a verificar, dados os termos da inicial, é saber se a condição suspensiva, prevista no contrato, foi ou não observada, isto é, se a Telia AB exerceu, em toda plenitude o direito de preferência, ou se ficou apenas na intenção manifestada, pois, com essa verificação é que a autora, segundo sustenta, poderá verificar se o contrato preliminar foi cumprido (e nada mais poderá pretender) ou foi descumprido, e, então, pleitear o que entender de seu direito [...]".

[288] A rigor, como é sabido, a propriedade imobiliária só se transmite com o registro e a mobiliária com a tradição.

segundo declarar que quer preferir, reciprocamente obrigados a celebrar o contrato, nos termos projetados com o terceiro. Recusando-se algum a fazê-lo, o outro poderia requerer judicialmente a execução específica da obrigação inadimplida, mediante sentença que produzisse os efeitos da declaração do faltante[289].

LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, por sua vez, esclarece que "uma vez exercida a preferência, ambas as partes perdem a liberdade de decidir celebrar ou não o contrato, praticando um facto ilícito se voltarem atrás com a sua decisão"[290]. Em seu entendimento, prestigiar a posição contrária significaria a emasculação do direito de preferência, que se transformaria em um instrumento inócuo, vulnerado em sua teleologia.

De maneira semelhante, na doutrina nacional, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, ao tratar do pacto de preempção, entende que, uma vez manifestada a intenção de exercer a preferência, assume o preferente a obrigação de celebrar com o sujeito passivo o contrato projetado com o terceiro: "o exercício da preempção vincula as partes. O preferente é obrigado a concluir o contrato. [...] Se manifestado o interesse na compra preferencial, o ato é irretratável, dada a tutela das legítimas expectativas da outra parte"[291].

Ainda, para PONTES DE MIRANDA, também ao tratar do pacto de preempção, "pelo exercício [da preferência], vinculado ficou à compra o preferente; sem que possa revogar a declaração de vontade, ou retratar-se"; e "com o exercício do direito de preempção, fica o preferente obrigado à conclusão do contrato"[292].

Por fim, para MARIO NEVES BAPTISTA, "em virtude dessa declaração de vontade [do preferente], fica o preemptor definitivamente obrigado a efetivar a compra a que se prontificou e, reciprocamente, o proprietário a realizar a venda. A declaração [...] é, destarte, vinculativa e irretratável"[293].

Em sentido diametralmente oposto, argumenta AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, capitaneando uma segunda corrente, que não faria sentido o exercício de um direito potestativo constitutivo, unilateral por natureza, gerar um dever de contratar para o seu titular. Assim, uma vez exercido o direito, o preferente não ficaria obrigado a contratar com o

---

[289] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 213-214, em nota de rodapé. Mais à frente, entretanto, na mesma nota de rodapé, o autor parece se contradizer, ao afirmar que *denuntiatio* e declaração têm, respectivamente, valores de proposta e aceitação, de modo que o contrato pode considerar-se perfeito e acabado com a declaração regular do preferente.

[290] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 240.

[291] "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 395 e p. 398.

[292] *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 293 e p. 297. No âmbito da preferência do arrendatário rural, afirmam Silvia C. B. Opitz e Oswaldo Opitz: "exercendo o arrendatário o direito [de preferência], fica vinculado à compra do imóvel arrendado, sem que possa retratar-se ou revogar a declaração de vontade manifestada na forma legal" (*Curso completo de direito agrário*, cit., p. 274).

[293] *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., p. 86.

vinculado à prelação. Para embasar seu pensamento, o autor traz à baila o artigo 1.458, números 2 e 3, do Código de Processo Civil português, dos quais seria possível inferir que o direito do preferente em celebrar o contrato caduca se, após exercido, o contrato não vier a ser celebrado em vinte dias e o preferente, nos dez dias subsequentes, não requerer a designação de dia e hora para a sua conclusão. Se se tratasse de dever jurídico, ele deveria prescrever, e não decair. Assim, a consequência da falta de colaboração posterior do preferente, após declaração positiva sua, seria simplesmente a caducidade de seu direito, e não a criação de um dever de contratar a cargo do preferente[294].

No direito positivo brasileiro, a linha de raciocínio do autor poderia encontrar fundamento, ainda que indireto, no teor do artigo 515 do Código Civil. Este dispositivo, ao regular o pacto de preempção, determina que, uma vez exercida a preferência, o não pagamento do preço ajustado entre sujeito passivo e terceiro implica a perda do direito do preferente. A perda do direito traduz justamente a decadência do direito de preempção.

Ainda na visão do autor português, isto não significa, contudo, que o preferente possa simplesmente voltar atrás em sua decisão e não celebrar o contrato com o sujeito passivo sem sofrer qualquer consequência. Quando do exercício da prelação, já há um ajuste concreto de um projeto de contrato com um terceiro, efetivamente interessado em celebrar o negócio com o sujeito passivo, negócio este que pode vir a se frustrar com o exercício da preferência. Se o preferente, então, volta atrás, o sujeito passivo, como explica AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, poderá ficar numa situação em que não terá com quem contratar, "situação gravosa e claramente merecedora de tutela jurídica". Assim, se o preferente, após exercer seu direito potestativo, desiste de contratar, "estará seguramente a frustrar as expectativas legítimas que a sua declaração gerou no sujeito passivo, incorrendo, por isso, em violação ao dever de boa-fé". Por estas razões, quando o preferente exerce seu direito mas, depois, se recusa a celebrar o contrato, esta conduta "terá como efeito não apenas a caducidade de seu direito, mas também um dever de ressarcir os danos sofridos pelo sujeito passivo por ter confiado na palavra do mesmo preferente"[295].

Outros autores parecem filiar-se a esta segunda forma de pensar. Para CARLOS LACERDA BARATA, naquelas situações em que a *denuntiatio* e a declaração de preferência não

[294] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 555-557. Veja-se o teor dos citados dispositivos: "2. Querendo o notificado preferir, deve declará-lo dentro do prazo indicado nos termos do número anterior, mediante requerimento ou por termo no processo; feita a declaração, se nos 20 dias seguintes não for celebrado o contrato, deve o preferente requerer, nos 10 dias subsequentes, que se designe dia e hora para a parte contrária receber o preço por termo no processo, sob pena de ser depositado, podendo o requerente depositá-lo no dia seguinte, se a parte contrária, devidamente notificada, não comparecer ou se recusar a receber o preço. 3. O preferente que não observe o disposto no número anterior perde o seu direito".

[295] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 558-560.

implicam a celebração de contrato definitivo nem de contrato promessa – para este autor, casos há em que *denuntiatio* e declaração equivalem, respectivamente, a proposta e aceitação –, "se a não realização do contrato proceder de facto imputável ao preferente, extinguir-se-á seu direito [...] e, poderá ser obrigado a indemnizar o obrigado à preferência"[296]. A responsabilidade civil seria, a seu ver, pré-contratual, e o dever de indenizar encontraria fundamento na violação das expectativas legítimas que à contraparte foram criadas, no sentido de celebração do contrato.

Na doutrina nacional, posição semelhante parece ser a de GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, valendo-se da lição de J. M. DE CARVALHO SANTOS. Para eles, em comentário ao artigo 515 do Código Civil, que regula o pacto de preempção:

> "O vendedor [que anuncia sua intenção de exercer a prelação e não o faz] não só perde o direito à preferência [...] senão também fica responsável por perdas e danos, que, no caso, ocorram, como as que resultem do fato de não poder o comprador realizar o negócio com o terceiro, afastado pela declaração do vendedor de que pretendia exercer a preempção e aceitar o contrato nas condições ajustadas"[297].

Na visão de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, não seria necessário, nesses casos, comprovar a culpa do preferente desistente, pois ela decorria do próprio "ato de *dédit*". O preferente somente poderia evadir-se da responsabilidade se comprovasse a ocorrência de caso fortuito ou força maior[298].

Ainda com relação a esta segunda corrente, para a qual a declaração do preferente, seguida da não conclusão do contrato em razão de desinteresse seu, geraria apenas o dever de indenizar, e não a obrigação de contratar com o sujeito passivo, é preciso definir se essa indenização deverá corresponder ao interesse positivo ou negativo do vinculado à preferência. Enquanto a indenização do interesse positivo, também chamado de "interesse no cumprimento" ou "dano positivo", destina-se a colocar a vítima na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, consistindo, assim, na "vantagem proveniente do contrato,

---

[296] *Da obrigação de preferência*, cit., p. 145.

[297] *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 184. A referência a J. M. de Carvalho Santos é de sua obra *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*, cit., pp. 244-245. Os autores não chegam a examinar de maneira expressa a possibilidade, ou não, de o sujeito passivo exigir a celebração do contrato com o preferente. Apesar disso, parecem ser partidários da corrente segundo a qual a recusa do preferente em contratar teria como resultado apenas a produção de um dever de indenizar.

[298] *Lei do inquilinato comentada*, cit., p. 151.

na mais valia que aproveita o contratante"[299], a indenização do interesse negativo, também chamado de "interesse de confiança" ou "dano negativo", tem por escopo conduzir o credor, na medida do possível, à situação em que estaria se não tivesse celebrado o contrato, "ou iniciado as negociações que vieram a se frustrar injustamente, 'seja pelo recesso injustificado de uma das partes [...], seja pelo não-cumprimento de promessas feitas na fase pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor'"[300].

Diante desses conceitos, entender que o sujeito passivo da relação prelatícia deverá ser colocado, tanto quanto possível, na situação em que estaria se não tivesse contratado com o preferente, equivale a afirmar que o sujeito passivo faz jus à reparação pelo interesse negativo. De outro lado, considerar que a indenização do sujeito passivo deve abranger a vantagem patrimonial que lhe adviria da contratação com o preferente leva a concluir que ele terá direito à reparação pelo interesse positivo.

Na prática, entretanto, como bem observado por AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, o valor das indenizações tende a se equiparar. Isto porque, no primeiro cenário – reparação pelo interesse negativo –, se o sujeito passivo não tivesse contratado com o preferente, é muito provável que ele teria contratado com o terceiro, com quem ajustou o projeto de contrato. Este cenário, na prática, equivale à situação em que o sujeito passivo é reparado tendo em vista seu interesse positivo. Como os dois contratos – o celebrado entre sujeito passivo e preferente e o celebrado entre sujeito passivo e terceiro – são objetivamente idênticos, tendo em vista que o direito do preferente é justamente o de celebrar um contrato objetivamente igual ao ajustado com o terceiro, a reparação pelo interesse negativo ou positivo, ao fim e ao cabo, neste caso, se equivalem[301].

Apresentadas as duas principais correntes acerca da matéria, e antes de passar ao próximo item, parece necessário suscitar uma última questão. Para os partidários da segunda corrente, para quem o exercício da prelação não geraria para o preferente um dever de contratar com o sujeito passivo, a consequência é que a conduta do preferente que, após exercer seu direito, volta atrás, geraria tão somente a produção do dever de indenizar pelos prejuízos, se existentes. Não se pode negar, por outro lado, como reconhecem os próprios autores que defendem essa linha de raciocínio, que a manifestação positiva do preferente gera

[299] ASSIS, Araken de. "Dano positivo e negativo na dissolução do contrato". In: *Revista do advogado*. V. 44. São Paulo: AASP, out. 1994, p. 21.
[300] GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 127-128. Explica a autora que apesar de parte da doutrina entender que esta classificação reporta-se exclusivamente à responsabilidade contratual, ela importa também para a responsabilidade pré-contratual. Para maiores detalhes a respeito do assunto, cfr.: PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. 2 v. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
[301] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 562.

para o sujeito passivo uma expectativa legítima, que vem a ser posteriormente frustrada pela mudança de orientação do primeiro, daí o dever de indenizar.

Cabe indagar, assim, à luz do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, se, diante da conduta contraditória do preferente, o sujeito passivo poderia, com base neste fundamento, exigir não apenas a indenização pelos prejuízos sofridos, como também a execução específica, isto é, o desfazimento da conduta contraditória. O cumprimento específico da obrigação, neste caso, não encontraria origem puramente no instituto da preferência – o exercício da preferência, para a segunda corrente, não faz nascer o dever de contratar com o sujeito passivo –, mas sim em um princípio bem mais geral, que desautoriza a atuação contraditória que tenha gerado expectativas legítimas a outrem.

Em obra dedicada ao tema, ANDERSON SCHREIBER entende possível, em tese, que a parte prejudicada pelo comportamento contraditório venha a pleitear não a reparação, mas sim o desfazimento do ato que contradiz a conduta inicial. Em suas palavras, "é de se admitir, portanto, que, praticado o ato contraditório, torne-se possível pleitear o seu desfazimento"[302]. A hipótese não só parece teoricamente possível – pelo artigo 466-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.232/2005, pode o devedor ser condenado a emitir declaração de vontade, e a sentença, transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida, e pelo artigo 466-B, introduzido pela mesma lei, se a parte obrigada a concluir um contrato não cumprir a sua obrigação, pode a outra obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado –, como já se tem notícia da aplicação doutrinária do *nemo potest venire contra factum proprium* a relações de preferência, para desfazer a conduta contraditória do preferente, obrigando-o a contratar com o sujeito passivo, nos termos ajustados com o terceiro. Com efeito, em comentário ao artigo 515 do Código Civil, PAULO LUIZ NETTO LÔBO assevera que "com o exercício do direito de preferência, fica o vendedor [preferente] obrigado a concluir o contrato". Em seguida, complementa: "se o comprador ou o vendedor desistirem da venda ou da compra, ou do exercício do direito de preferência, não terão qualquer valor essas manifestações, porque violariam o princípio de vedação de *venire contra factum proprium*"[303].

Em suma, uma leitura da relação prelatícia à luz da legalidade constitucional indica que o exercício do direito de preferência pelo sujeito ativo, ainda que de natureza potestativa, deve atender a deveres laterais de fonte autônoma, originados na cláusula geral de boa-fé

[302] *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 169.
[303] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 178.

objetiva. E, explica ANDERSON SCHREIBER: "o *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé"[304]. Como reconhecido pela doutrina, não só os ditos direitos subjetivos, como também os potestativos, podem ser exercidos abusivamente, em desconformidade à boa-fé objetiva. Apenas a título exemplificativo, para HELOÍSA CARPENA VIEIRA DE MELLO, "quer se trate de liberdades, faculdades, *direitos potestativos* ou poderes, [...] em relação a qualquer situação subjetiva será admitida a figura do abuso de direito, visto que nenhuma delas será jamais desprovida de fundamento axiológico"[305]. Resta saber se o desrespeito à boa-fé objetiva, neste caso específico da preferência, terá como resultado a produção de um dever de indenizar em favor do sujeito passivo (segunda corrente, capitaneada por AGOSTINHO CARDOSO GUEDES), ou

[304] *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 119.

[305] "O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 393. Grifou-se. Ainda, para Renata Cristina Obici, "[...] inegável a necessidade de se conceber o abuso do direito nos negócios empresariais não mais como um caso residual de ilicitude. [...] É perfeitamente cabível a aplicação do artigo 187 do Código Civil no que se refere à limitação ao exercício do direito potestativo" (*Relativização do direito potestativo extintivo à luz da teoria do abuso do direito*. Dissertação de mestrado, requisito parcial para a obtenção de título de mestre em direito empresarial e cidadania pelo Centro Universitário Curitiba, apresentada em 2008, pp. 235-236). De modo semelhante, afirmam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes que se almeja, "com a disciplina do abuso de direito, uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídica subjetiva – não apenas dos direitos subjetivos, mas também dos interesses potestativos, dos poderes jurídicos etc." (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 345). Por fim, para Vladimir Mucury Cardoso, a visão civil-constitucional do abuso do direito, que tem como critério definidor a dissonância entre o seu exercício e o valor que o ordenamento visa tutelar e proteger, "permite que a teoria se estenda para além dos contornos do direito subjetivo", podendo-se falar em exercício abusivo "de outras categorias que não se inserem entre os direitos subjetivos, tais como os poderes jurídicos, os direitos potestativos, as simples faculdades, as liberdades e quaisquer outras prerrogativas individuais" ("O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 89-90). No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, aliás, já se asseverou que o "direito potestativo deve ser exercido dentro dos limites aceitáveis pelo Direito. O direito potestativo pressupõe sujeição de uma das partes à determinada ação ou omissão, independentemente da sua vontade ou anuência". Assim, os direitos potestativos "devem apresentar uma confrontação ainda mais rígida com a lei, para evitar, em face da sua própria natureza, abusos no seu exercício" (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.095.276, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.05.2010, v.u., DJe 11.06.2010). Ainda, em jurisprudência: (i) TJ/RJ, 3ª CC, AC 0164845-32.2009.8.19.0001, Rel. Des. Renata Cotta, j. 08.02.2012, v.u.; (ii) TJ/RJ, 8ª CC, AI 0042530-68.2010.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. 09.11.2010, v.u.; (iii) TJ/RJ, 19ª CC, AC 0000435-04.2008.8.19.0029, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. 13.04.2012, decisão monocrática; e (iv) TJ/PR, 6ª CC, AC 303322-9, Rel. Des. Waldemir Luiz da Rocha, j. 27.09.2005, v.u.. Por fim, parte da doutrina entende que a parte prejudicada pelo exercício abusivo de situações jurídicas subjetivas terá a seu dispor não apenas a via ressarcitória, como também outras frentes. Nesse sentido: (i) CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 646; (ii) MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso do direito". In: *Revista síntese de direito civil e processual civil*. V. 26. Porto Alegre: Síntese, nov./dez. 2003, p. 133; (iii) MARTINS-COSTA, Judith. "Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *O novo Código Civil*: parte geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007, pp. 524-525; (iv) NANNI, Giovanni Ettore. "Abuso de direito". In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 758-760; (v) DUARTE, Ronnie Preuss. "Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro", cit., p. 71; e (vi) CALCINI, Fábio Pallaretti. "Abuso do direito e o novo Código Civil". In: *Revista dos tribunais*. V. 830. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2004, p. 42.

abrirá para o sujeito passivo a possibilidade de exigir a contratação com o preferente (primeira corrente).

2.3.6 *Após o exercício da preferência, pode o sujeito passivo voltar atrás em sua decisão de contratar?*

Sendo a preferência um direito potestativo constitutivo de um direito de crédito, a declaração positiva do preferente, como visto, gera na esfera jurídica do sujeito passivo uma obrigação de contratar, sujeita à execução específica. Seguindo esta linha de raciocínio, parece claro, à primeira vista, que após o exercício da preferência, não é mais facultado ao sujeito passivo desistir de contratar com o titular da prelação.

Enquanto parte da doutrina fundamenta esta impossibilidade no próprio mecanismo da preferência, outros optam por embasá-la na vedação ao *venire contra factum proprium* e outros, ainda, na vedação à fraude.

Não obstante, existem diversos entendimentos em sentido contrário, admitindo não só (i) a desistência do sujeito passivo, após o exercício da preferência, mas antes da contratação indevida com terceiro, como também (ii) o distrato do contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro, diante do exercício da preferência. De fato, no âmbito jurisprudencial, é comum encontrar precedentes que indeferem o pedido do preferente tanto quando o sujeito passivo desiste de celebrar o contrato preferível, como se a alienação a terceiro fosse pressuposto da constituição do direito de preferência, como também diante da celebração de um distrato entre sujeito passivo e terceiro:

> "Debate sobre direito de preferência. Locadora que não alienou o imóvel. Interesse de agir da locatária não reconhecido. [...] [É] evidente que a preterição da preferência só haverá na hipótese de o bem ter sido alienado a terceiro em condições iguais ou piores que as propostas pelo locatário. Vale dizer que se o locador desiste de vender, por qualquer que seja o motivo, da preferência na aquisição já não mais se pode cogitar e, por consequência, tampouco se pode falar em direito do inquilino à adjudicação ou à indenização"[306].

[306] TJ/SP, 36ª CDPriv., AC 9147224-47.2004.8.26.0000 (868560- 0/5; 992.04.014393-6), Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 30.03.2006, v.u.. Em sentido semelhante: (i) "[a]ção de preferência para compra de imóvel. Promessa de compra e venda firmada por condômino a estranho impedindo o exercício da preferência pelo consorte objeto de distrato. [...] Diante do distrato, [...] perde o objeto a ação que visava a decretação de nulidade do negócio e o reconhecimento da autora como condômina" (TJ/RS, 17ª CC, AC 7000.482.8513, Rel. Des.

***

> "Ocorrendo o distrato, desaparece o motivo de preferência do condômino, em bem indivisível, para adquirir a quota-parte alienada a estranho. Restituído o imóvel ao seu *status quo*, desapareceu o motivo da preferência"[307].

É possível encontrar manifestações semelhantes no âmbito doutrinário:

> "Notificando o locatário para que este, desejando, exerça seu direito de preferência na aquisição da coisa locada, manifesta [o locador] clara intenção de se desfazer do bem. Não obstante isto, viável é ainda a desistência do negócio pelo vendedor. Todavia, neste caso, deverá indenizar o locatário pelos prejuízos a este ocasionados, inclusive lucros cessantes, analogicamente, com o que acontece nas hipóteses de arras"[308].

Esta linha de raciocínio está mais afeita à corrente doutrinária que visualiza na preferência uma espécie de dever negativo do sujeito passivo, de não contratar com terceiros sem antes dar prioridade ao preferente. Entretanto, como visto no Cap. I, item 6.3, *supra*, a prestação do sujeito passivo é positiva, e se consubstancia no dever de, tendo decidido contratar conforme ajuste com terceiro, e manifestado o desejo do preferente em preferir, com este último contratar. Mais escorreita, então, parece ser a linha de raciocínio daqueles autores e daqueles precedentes jurisprudenciais que desautorizam a desistência do sujeito passivo após a manifestação positiva do preferente, bem como o distrato posterior do negócio celebrado com terceiro em violação à prelação. Para MARCOS CATALAN, ao tratar do pacto de

---

Elaine Harzheim Macedo, j. 03.09.2002, v.u.); (ii) TAC1/SP, 4ª CC, AC 265.769, Rel. Juiz Vieira de Moraes, j. 26.12.1979, v.u.; e (iii) TAC1/RJ, 2ª CC, AC 51.699, Rel. Juiz Francisco Faria, j. 08.05.1980, v.u.. Os dois últimos referidos por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 290 e pp. 260-261.

[307] TJ/SP, 2ª CDPriv., AC 21.446, Rel. Des. Lafayette Salles Junior, j. 06.11.1957, v.u.. Referido por Mario Diney Correa Bittencourt ("Preferência do condômino para aquisição do imóvel: aplicação do art. 1.139 do Código Civil". In: *Revista dos Tribunais*. V. 477. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1975, p. 65). Em sentido semelhante: (i) TJ/RS, 1ª CC, AC 586002727, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 04.03.1986, v.u.; e (ii) TAC1/SP, 4ª CC, AC 265.769, Rel. Juiz Vieira de Moraes, j. 26.12.1979, v.u.. Referidos por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 103 e p. 290. E ainda: STJ, 3ª T., REsp 10.910, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 16.03.1993, v.m., DJ 26.04.1993, p. 7.202. A questão está longe de ser pacífica. Tem-se notícia de procedimento de suscitação de dúvida, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que versou justamente sobre essa problemática: "[d]ireito de preempção. Rescisão da promessa de compra e venda do imóvel em relação à qual se exerce a preferência, no curso do processo de conhecimento. Pode o condômino, promitente-vendedor de sua parte no imóvel a estranho, por causa do pedido de prelação, rescindir o negócio, ainda que o faça para obstar, ao comproprietário, autor desse pleito, haja essa parte, que foi por ele alienada?" (TJ/RJ, 6ª CC, AC 1990.001.03019, Rel. Des. Pestana de Aguiar, j. 06.08.1991, v.m.).

[308] POPP, Carlyle. "Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor". In: *Jurisprudência Brasileira*. V. 176. Curitiba: Juruá, dez. 1995, p. 25. A própria Lei de Locações leva a esta conclusão, ao prever, em seu artigo 29, que a desistência posterior do negócio pelo locador, após a "aceitação da proposta" pelo locatário, acarreta a responsabilização do primeiro pelos prejuízos ocasionados, inclusive lucros cessantes. Em sentido semelhante: (i) MARCELINO, Américo Joaquim. *Da preferência*: estudos, notas da doutrina e jurisprudência e legislação mais comum, cit., pp. 66-69; (ii) AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato", cit., p. 305 e p. 312; e (iii) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 176.

preempção, "impõe-se ao comprador [sujeito passivo] que manifesta perante terceiros o desejo de alienar o bem, formulando proposta com efeitos vinculantes, o dever de entregar a coisa ao vendedor [preferente] que revele tal pretensão mediante oferta real do preço" [...] "tal qual o poderia ser pelo terceiro a quem sua oferta se destinou"[309]. FÁBIO KONDER COMPARATO, por sua vez, ao analisar o direito de preferência inserido em acordo de acionistas, complementa: "[após a alienação indevida a terceiro] os demais sócios, não atingidos pela cessão irregular [que lhes é ineficaz], poderão prevalecer-se desse ato como oferta de venda, por parte do cedente, para o efeito de exercer seu direito de preferência"[310]. Vale conferir, ainda, a lição de MARIO NEVES BAPTISTA. Para o autor, se o sujeito passivo, após a declaração positiva do preferente, declarar "estar arrependido e não mais pretender vender a coisa", poderá o preferente "exigir perdas e danos [...] ou a execução específica do pacto de preempção". Por outras palavras, "oferecida a preferência e aceita, não é mais facultado ao obrigado voltar atrás, dizer que não mais deseja vender, recusar-se, em suma, à conclusão do contrato definitivo" [311].

No âmbito jurisprudencial, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, CEZAR PELUSO, ainda enquanto juiz do extinto Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, já teve de se manifestar a respeito da questão. No caso concreto, que versava sobre direito de preferência do arrendatário rural, o objeto da discussão se atinha justamente à regularidade ou não do distrato realizado entre o arrendante e o terceiro, quando o arrendatário, titular do direito de preferência, decidiu fazer valer o seu direito, ingressando na justiça com o objetivo de, depositando o preço, haver para si o bem indevidamente alienado. Entendeu o ministro que o distrato, com o claro escopo de impedir o exercício do direito de preferência, estaria a caracterizar verdadeira fraude à lei, não podendo, assim, ser admitido:

> "Direito de preferência – Compra e venda. Alienação da coisa sem notificação do arrendatário. Posterior reaquisição pelo arrendante. Fraude à lei. Ineficácia dos dois negócios jurídicos. Venda e compra pura, perfeita e executada. Desconstituição mediante distrato. Impossibilidade. Limites do distrato. Todo distrato supõe contrato ainda por executar, pois se destina a extinguir vínculo obrigacional por esse estabelecido. Logo, aparente distrato de venda e compra já exaurida encobre compra e venda em sentido inverso. Arrendamento. Direito de preferência. Alienação e reaquisição da coisa pelo arrendante vendedor. Ineficácia em relação ao arrendatário não notificado. Fraude à lei. Perante o arrendatário não notificado, o direito de preferência torna ineficaz a alienação que o viole e, portanto, também a reaquisição da

[309] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., p. 116.
[310] "Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual", cit., p. 148.
[311] *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., pp. 108-109.

> coisa pelo arrendante. Seria esta, ademais, praticada em fraude à lei enquanto predestinada a frustrar o resultado prático da incidência da norma que garante aquele. [...] Pois bem, identificada a natureza do segundo contrato como venda e compra, em sentido inverso, acudiria indagar se fora esta idônea para prejudicar ou pré-excluir a pretensão dos arrendatários à adjudicação da coisa alienada, com afronta ao seu direito de preferência. A resposta é negativa, por duas fundamentais e intransponíveis razões. A primeira, porque, se a venda e compra original, celebrada, consumada e exaurida sem prévia comunicação aos arrendatários, titulares do direito de prelação, era ineficaz em relação a estes, enquanto ineficácia relativa que lhes permitiria exercer o direito afrontado, mediante oportuno depósito do preço (por todos, Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, RJ, Borsoi, 2ª ed., 1962, t. XL/268 e 269, § 4.444, nº 4), é intuitivo e transparente que o segundo contrato, caracterizando nítida venda e compra, em sentido inverso, ou retransferimento da mesma propriedade, também é e não poderia deixar de ser ineficaz perante os arrendatários. Se, na cadeia das sucessões negociais, foi ineficaz o negócio jurídico que, transmitindo a outrem a propriedade, desatendeu ao direito de preferência, ineficaz há de ser o negócio jurídico que, corporificando retransmissão inversa de mesma propriedade, o pressupunha, como ineficaz seria a alienação que o adquirente viesse a fazer a terceiros. [...] A outra razão está em que, ainda quando superável fosse o obstáculo da ineficácia, [...] declarar que desaparecera o motivo deste, porque restituído o bem ao patrimônio originário, ensejaria clara fraude à lei. [...] Ora, se se convalidasse o comportamento do arrendante, que, para contornar as consequências legais da afronta ao direito de preferência do arrendatário, celebrou com o adquirente a retransmissão da coisa, ou o distrato da alienação, fraudar-se-ia norma que garante a preferência, frustrando-lhe o alcance prático, como aplicar outra norma jurídica, concernente à autonomia privada. [...] Como se vê, estaria exemplarmente tipificada a fraude à lei e escancaradas as portas a todas as artimanhas, pois bastaria aos alienantes a adquirentes, por frustrar os objetivos legais, acertar ou simular a restituição ao estado jurídico anterior à afronta. [...] De modo que a conclusão é *data venia*, inexorável. A segunda escritura, que documentou, sob título de rescisão e sob a qualificação de distrato, autêntica venda e compra, em sentido inverso, entre os litisconsortes, não pré-excluiu o direito de preferência dos autores [...]"[312].

Mais recentemente, a posição do ministro foi corroborada em precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que versava sobre direito de prelação no âmbito do condomínio. No caso, após o exercício da preferência, que ocorreu com o ajuizamento da ação homônima, o condômino alienante pretendeu desistir do negócio que celebrou com o terceiro, o que foi negado pelo tribunal. Como se isso não bastasse, houve, ainda, cominação de multa por litigância de má-fé, pois apenas três dias após comunicar ao juiz que desistira do negócio, juntando aos autos um distrato, o condômino alienante celebrou nova promessa de compra e venda com o mesmo terceiro, relativa à mesma fração ideal:

---

[312] TAC2/SP, 5ª CC, AC 182.044-2, Rel. Juiz. Cezar Peluso, j. 12.06.1985, v.m.. Disponível em: (i) *Revista dos tribunais*. V. 600. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1985, p. 154; e (ii) Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., pp. 133-137.

> "Não vinga a alegação do 1º apelante de que já desistiu de vender o imóvel, a uma porque isso não é verdadeiro (como provaram os apelados juntando a promessa de venda celebrada três dias depois do alegado 'distrato'), e a duas porque isso agora é despiciendo (uma vez que tendo externado a sua vontade, e a sua decisão de vender, contratando com terceiros, ele não pode mais recuar disso depois dos outros ou de alguns dos outros condôminos terem exercido a preempção, depositando o preço segundo os valores e condições de pagamento estabelecidos na promessa celebrada com o terceiro)"[313].

À luz do direito português, que regula expressamente o assunto no artigo 1.410, item 2, do Código Civil[314], afirma LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO: "uma vez exercida a preferência, ambas as partes perdem a liberdade de decidir celebrar ou não o contrato, praticando um facto ilícito se voltarem atrás com a sua decisão"[315]. Conforme mencionado no item 3.5, *supra*, deste Capítulo, em seu entendimento, prestigiar a posição contrária significaria a emasculação do direito de preferência, que se transformaria em um instrumento inócuo, vulnerado em sua teleologia. Em sentido semelhante a posição de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA. Para este autor, o exercício da preferência, extrajudicial ou mediante a ação de preferência, tem como resultado a investidura do "titular da preferência na posição contratual que lhe fora prometida, sem conceder sequer ao obrigado a faculdade de desistir do contrato projectado ou de resolver a alienação efetuada"[316].

2.3.7 *A qualificação da declaração para preferir como aceitação contratual*

Como visto, a *denuntiatio*, em regra, não equivale a uma proposta contratual dirigida ao preferente, sendo apenas um dever de conduta instrumental a cargo do sujeito passivo, decorrente mediata ou imediatamente da cláusula geral de boa-fé objetiva. A declaração para

---

[313] TJ/RJ, 16ª CC, AC 2000.001.04629, Rel. Des. Miguel Ângelo Barros, j. 23.05.2000, v.u.. No mesmo sentido: "[a] venda de parte ideal de imóvel em condomínio a terceiro sem cientificação dos demais condôminos para exercício do direito de preferência é insubsistente. O distrato posteriormente realizado não opera efeitos retroativos, e, assim, equivale à revenda, não impedindo a ação de preferência pelos condôminos" (TJ/SC, 3ª CC, AC 28.419, Rel. Des. Cid Pedroso, j. 28.02.1989, v.u.. Disponível na *Revista dos tribunais*. V. 640. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 1989, pp. 172-173).

[314] "O direito de preferência e a respectiva acção não são prejudicadas pela modificação ou distrate da alienação, ainda que estes efeitos resultem de confissão ou transacção judicial" (Redação do Decreto-Lei 68/1996).

[315] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 240.

[316] *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., pp. 394-395.

preferir, por sua vez, não equivale à aceitação de uma proposta, representando, isso sim, o exercício do direito potestativo constitutivo do preferente, sendo espécie de manifestação de vontade unilateral receptícia, pela qual o sujeito passivo fica obrigado a com ele contratar, nos termos projetados com o terceiro.

Todavia, e conforme ressaltado *supra* (Cap. II, item 2.3), este modo de compreender o desenvolvimento da relação prelatícia implica divergir da vertente teórica segundo a qual a comunicação para preferir encerra uma proposta contratual, e a declaração positiva do preferente representa a aceitação dessa proposta. Como, com a aceitação da proposta, considera-se concluído o contrato definitivo[317], não seria necessária, na visão desta corrente, a celebração posterior do contrato entre sujeito passivo e preferente, nos termos projetados com o terceiro.

A posição de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, partidário desta corrente, ilustra bem o ponto de vista. A seu ver, a declaração positiva do preferente "significa a aceitação pura e simples do contrato, com o conteúdo indicado pelo obrigado". Havendo aceitação da proposta, "perfila-se o contrato definitivo, isto é, o contrato visualizado pelo pacto de preferência (ou pela preferência legal) e que, por opção do beneficiário, se vem mesmo a concluir na esfera deste"[318]. A declaração do preferente somente não levaria à conclusão do contrato definitivo se faltasse alguma formalidade adicional à conclusão do contrato, caso em que, estando presentes os requisitos do contrato promessa, este último considerar-se-ia perfeito, e sujeito à execução específica.

---

[317] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3, cit., p. 41 e p. 45. Apesar do caráter obrigatório da proposta, para o proponente (art. 427 do Código Civil), e do fato de a aceitação, a rigor, significar a conclusão do contrato entre proponente e aceitante, parte da doutrina entende que a recusa do proponente em contratar resulta apenas no dever de reparar as perdas e danos eventualmente sofridas. Nesse sentido: (i) AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 43; (ii) FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 415; (iii) ALVES, Jones Figueirêdo. "Arts. 421 a 729". In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 380-381; (iv) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. V. 2, cit., p. 545; (v) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. 5. 34. ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15; (vi) FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Dos contratos no direito brasileiro*. V. 1. 2. ed. Campinas: Mizuno, 2004, pp. 51-52; e (vii) DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. *Do contrato*: teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 85. Outra corrente doutrinária, mais moderna, aventa a possibilidade de execução específica da obrigação de contratar, após manifestada a aceitação. Partilham deste entendimento Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves ("Do direito das obrigações", cit., pp. 171-172), Judith Martins-Costa (*A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 511-512) e Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit, p. 39). Para estes últimos, em comentário ao artigo 427 do Código Civil, "[d]entre os civilistas mais tradicionais [...] não se costuma cogitar da execução específica a propósito do estudo do caráter vinculante da proposta e dos efeitos de sua aceitação, recorrendo-se, antes, à mera composição dos prejuízos por meio das perdas e danos. À luz, porém, do princípio da efetividade, a tendência é se ampliar o campo da execução específica, nada obstando a que seja oposta em face do ofertante recalcitrante pelo aceitante (CC, arts. 249, par. ún., e 251, par. ún.), pois, uma vez integradas a oferta e a aceitação, há relação contratual coercitiva".

[318] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., pp. 500-501.

De maneira semelhante, para CARLOS LACERDA BARATA, dependendo da forma que revistam a *denuntiatio* e a declaração do preferente, elas poderão equivaler a uma proposta e uma aceitação contratuais, respectivamente, de modo que o efeito da declaração positiva do preferente será a celebração automática do contrato definitivo[319].

Para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "a declaração de preferência assume o significado de uma aceitação. Pode, portanto, o contrato ficar desde logo concluído, se as partes manifestam a vontade de uma vinculação definitiva, com observância da forma legal para aquele necessária"[320].

A lição de LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO corrobora essa posição: "com a comunicação e exercício da preferência, ambas as partes formulam uma proposta de contrato e respectiva aceitação, que em princípio deveria implicar sem mais a celebração do contrato definitivo, desde que estejam preenchidos os seus requisitos de forma"[321].

Na doutrina nacional, leciona PAULO LUIZ NETTO LÔBO que, no prazo decadencial concedido ao preferente, deve ele declarar se aceita, ou não, adquirir a coisa, podendo sua aceitação ser desconstituída apenas se tiver sido inválida, em virtude de alguma das causas de nulidade ou anulabilidade previstas em lei. Para ele, o exercício do direito de preferência, via declaração, "deverá ser feito pela celebração do contrato"[322]. Não haveria, assim, a seu ver, o nascimento de uma obrigação na esfera jurídica do sujeito passivo, de celebrar com o preferente um contrato objetivamente idêntico ao ajustado com o terceiro, pois este contrato já teria sido celebrado com a declaração do preferente.

Esta maneira de encarar a relação de preferência encontra respaldo em alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo dos já citados artigos 28 e 29 da Lei de Locações (Cap. II, item 2.3, *supra*), que se referem expressamente à aceitação da proposta pelo locatário, e do artigo 515 do Código Civil. Este último, ao dispor que "[a]quele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado", poderia ser interpretado no sentido de que o contrato encontra-se concluído com o exercício da preferência, daí a obrigação de pagamento do preço.

Com relação aos artigos da Lei de Locações, já se afirmou que parece ter sido o legislador atécnico, ao confundir a *denuntiatio* com uma proposta contratual, e a declaração para preferir com uma aceitação. Já no que tange ao artigo 515 do Código Civil, é possível afastar a interpretação aventada no parágrafo anterior, na medida em que o mesmo artigo traz

[319] *Da obrigação de preferência*, cit., p. 143.
[320] *Direito das obrigações*, cit., p. 450.
[321] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 240.
[322] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 180.

como consequência do não pagamento do preço a perda do direito do preferente. Caso se tratasse de aceitação de proposta, o contrato entre sujeito passivo e preferente restaria perfeito e acabado, de modo que o não pagamento do preço implicaria não a perda do direito, mas sim inadimplemento contratual.

Com efeito, esclarece ANA PRATA que se a *denuntiatio* "constitui um instrumento essencial da satisfação do interesse do preferente, pois é através dela que ele toma conhecimento da vontade de celebrar o contrato [...], ela é, por si só, insuficiente para a satisfação do interesse final do preferente"[323], de contratar com o sujeito passivo. De modo semelhante, ao diferenciar o direito de preferência da opção de compra ou venda, afirma FELIPE CAMPANA PADIN IGLESIAS que "[o] contrato de compra e venda sujeito ao pacto de prelação não se forma unicamente com a manifestação do beneficiário, ao contrário do que ocorre no negócio outorgativo de opção, no qual o exercício do direito formativo gerador é capaz de formar o contrato optativo"[324]. Vale conferir, ainda, precedente elucidativo oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, que versou sobre direito de preferência constante de estatuto social de sociedade anônima:

> "[...] o exercício do direito de preferência – ou 'right of first refusal', ou ainda ROFR ou RFR, nas terminologias comumente empregadas nos contratos da 'common law' –, não se confunde com a efetiva realização do negócio jurídico a que se refere a preferência subjetiva. [...] Consiste o exercício desse específico direito de preferência – espécie do gênero dos chamados 'right of first purchase', ao lado do 'right of first offer'[325], e

[323] *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 368.

[324] *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 111.

[325] De origem anglo-saxônica e sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, em sua roupagem mais comum, o "right of first offer", que se costuma traduzir como "direito à primeira oferta" ou "direito à primeira recusa", e que não se confunde com o direito de preferência, é espécie de previsão contratual pela qual uma das partes compromete-se a, diante de sua eventual e futura intenção em alienar certos bens, oferecê-los, em primeiro lugar e por um certo preço, ao beneficiário do direito. Exercido positivamente o "right of first offer", o outorgante fica obrigado a contratar com o beneficiário, nos termos da oferta prévia. Caso o beneficiário não exerça o seu direito, o outorgante fica livre para alienar os bens a terceiros, em geral durante um certo prazo, e desde que por preço, no mínimo, igual ao oferecido ao beneficiário. Expirado o prazo ou pretendendo o outorgante alienar os bens por preço inferior, deverá submeter novamente a oferta ao beneficiário. Para parte dos estudiosos que se dedicaram ao tema, não pode haver, antes da oferta ao beneficiário, negociação entre o outorgante e terceiros. Como explicam Paul S. Rutter e Duane M. Montgomery, "uma das formas que se pode utilizar para conferir maior proteção ao titular do 'right of first offer' é exigir do outorgante a realização de uma oferta inicial ao beneficiário, fixando o preço e demais condições do negócio, antes que o outorgante possa alienar os bens a terceiros". Tradução livre. No original: "an approach that can be used to give more protection for the holder of a ROFO is to require the owner of the property to make the initial offer to the holder of the ROFO, naming the price and terms that the owner will accept, before that owner can sell to a third party" (*Options, rights of first refusal, rights of first negotiation and rights of first offer*: a guide through the maze. Disponível em <http://www.gilchristrutter.com/CM/Articles/Options,%20Rights%20of%20 First%20Refusal.pdf>.Acesso em 05 jun 2012). A grande diferença entre o "right of first offer" e a preferência é que, enquanto, no "right of first offer", o preço é fixado pelo próprio outorgante, na preferência é fundamental a situação de concorrência entre o preferente e um terceiro, disposto a contratar em certas condições. Significa dizer que, em se tratando de "right of first offer", o outorgante oferece ao beneficiário uma possibilidade de

> garantido, na hipótese, pelo disposto no artigo 12 do Estatuto Social da Eriline Celular S.A. –, tão somente na manifestação inequívoca de efetivo interesse do titular desse direito em relação à futura celebração do negócio jurídico de cessão das participações acionárias nas mesmas condições ofertadas pelo proponente. É o que se extrai, por exemplo, do entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo (in Azevedo, Antônio Junqueira de (coord.), *Comentários ao Código Civil, v. 6 – Parte Especial: Das Várias Espécies de Contratos*, São Paulo. Saraiva, 2003, p. 516): 'com o exercício do direito de preferência fica o vendedor ou titular obrigado a concluir o contrato'[326]. Note-se que a afirmação dá conta de bem distinguir o simples puro exercício do direito de preferência de seu efetivo consectário externo traduzido na conclusão do negócio jurídico de venda e compra do objeto da preferência. Em outras palavras, e não se olvidando que o direito de preferência é ordinariamente conceituado sob a perspectiva do dever atribuído ao interessado em vender a coisa, consistente em antes oferecê-la ao titular da preferência (cf., *v.g.*: KAHAN, Marcel, *An Economic Analysis of Rights of First Refusal*, New York University – Center for Law and Business, disponível [*online*] em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=11382, 1999, p. 4) – o conteúdo objetivo do direito de preferência está na manifestação de vontade, sendo a celebração do contrato mera obrigação derivada"[327] (grifos no original).

Além de a declaração para preferir não equivaler à aceitação de uma proposta contratual, por meio dela não há a substituição da posição contratual do terceiro pelo preferente, numa espécie de mutação subjetiva, como parece entender parte da doutrina, a exemplo da manifestação seguinte: "[...] o adquirente (o terceiro) celebra contrato para adquirir parte de bem em condomínio mas o preferente (condômino) expropria-lhe os direitos, tomando seu lugar na posição contratual"[328]. O que há é a celebração de um novo contrato, entre preferente e sujeito passivo, objetivamente idêntico ao ajustado entre este último e terceiro, e que, inclusive, à luz da liberdade contratual, pode ter parte de suas cláusulas modificadas, exceto se sujeito passivo e terceiro tiverem celebrado um contrato definitivo sujeito à condição, conforme afirmado *supra* (Cap. II, item 3.5).

Afinal, não é razoável supor que o preferente possa tomar a posição do terceiro num

---

celebrar um contrato de compra e venda em condições que, não necessariamente, um terceiro estaria disposto a contratar. O beneficiário, assim, suporta o risco de, de um lado, contratar em condições menos favoráveis que as de mercado e, de outro, se não exercer o seu direito, perder a oportunidade de adquirir bens que seriam de seu interesse. Uma variação do "right of first offer" é aquela em que, pretendendo o outorgante alienar os bens sujeitos à previsão contratual, pode o beneficiário propor, em primeiro lugar, um preço para a aquisição. Nessa situação, caso o outorgante decida não contratar com o beneficiário, somente poderá alienar os bens a terceiros por preço superior ao oferecido pelo beneficiário. A figura, enquanto expressão da autonomia privada, admite, ainda, outras variações.

[326] Em outra passagem, contudo, como visto acima, o mesmo autor parece entender que o exercício da preferência equivaleria a uma aceitação contratual.

[327] TJ/SP, 6ª CDPriv., AC 0348816-28.2009.8.26.0000 (642.108-4/0-00), Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 06.08.2009, v.u..

[328] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Herdeiro *ex re certa*. Direito de preferência entre condôminos. Abuso de direito e fraude à lei (parecer)", cit., p. 552. Para outras opiniões no mesmo sentido, conferir Cap. II, item 1, *supra*, em nota de rodapé.

contrato que sequer foi celebrado. E como visto, no mais das vezes, o que há entre sujeito passivo e terceiro é um projeto de contrato (somente terá havido celebração do contrato entre sujeito passivo e terceiro, sem violação à preferência, se tal contrato estiver sujeito à condição suspensiva do não exercício da preferência, ou à condição resolutiva de perder sua eficácia diante da manifestação positiva do preferente)[329]. Além disso, se houvesse simples mutação subjetiva da posição contratual, eventuais invalidades do negócio, ainda que não afetassem a decisão livre do sujeito passivo em contratar, poderiam vir a frustrar o contrato entre sujeito passivo e preferente.

Não restam dúvidas de que, em determinado caso concreto, assim como a *denuntiatio* poderá revestir a forma jurídica de uma proposta contratual – em decorrência, por exemplo, da prévia pactuação das partes nesse sentido, no instrumento que institui a preferência convencional –, quando isto ocorrer, é possível que a declaração para preferir equivalha à aceitação da proposta, de modo que o contrato entre sujeito passivo e preferente considerar-se-á desde logo celebrado. Esta não é, contudo, a maneira ordinária do desenrolar da relação prelatícia.

Expostas as principais fases do desenvolvimento ordinário da relação prelatícia, isto é, os pressupostos necessários à efetividade do direito potestativo do preferente, os meandros da *denuntiatio* e da declaração para preferir, passa-se, no Capítulo seguinte, a tratar da fase patológica da relação de preferência, bem como dos meios de tutela postos à disposição do preferente. Vale ressaltar, desde já, que diversas questões objeto de análise do Capítulo III são atinentes ao direito processual civil, razão pela qual serão examinadas com as devidas limitações.

[329] Mesmo nesses casos, é preciso atentar para a questão da retroatividade, ou não, da condição. Em clássica obra, defende Francisco Amaral que a retroatividade não é inerente nem à condição suspensiva nem à resolutiva. Para maiores detalhes: AMARAL, Francisco. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

3 A FASE PATOLÓGICA DA RELAÇÃO DE PREFERÊNCIA E OS MEIOS DE TUTELA À DISPOSIÇÃO DO PREFERENTE

"*Os bens mal adquiridos esvaem-se de mau modo*".

Cícero

3.1 **Os deveres a que as partes estão sujeitas na relação de preferência**

Para definir os meios de tutela à disposição do preferente, é preciso retomar brevemente os deveres aos quais o vinculado à prelação está sujeito. Conforme referido no Capítulo II, item 1, *supra*, instituída, simplesmente, pela lei ou pelo contrato, a relação prelatícia, não há, ainda, possibilidade de exercício do direito por parte do preferente. O que há, neste momento, é apenas a atribuição de relevância jurídica a certos fatos que, até então, não eram relevantes. É somente com a exteriorização da decisão do sujeito passivo de contratar em certas condições, conforme ajuste com terceiro, que o direito de preferência, direito potestativo constitutivo de um direito de crédito, passa a ser exercitável. Concomitantemente, surge a primeira obrigação do sujeito passivo: o dever de comunicar acerca da constituição do direito de preferência, dever este que, como visto (Cap. II, item 2.2, *supra*), não é correlato ao direito de preferência, que é potestativo, decorrendo, mediata ou imediatamente, da cláusula geral de boa-fé objetiva.

O dever de proceder à *denuntiatio* pode não ser perfeitamente adimplido de várias formas[330]. Pode haver, por exemplo, atraso no envio da comunicação, caso em que o preferente fará jus às perdas e danos comprovadamente sofridas. Como a mobilização de fundos necessários à aquisição do bem objeto da prelação, em geral, demanda certo tempo, é importante para o preferente que tome conhecimento acerca da constituição de seu direito o quanto antes. Pode haver, também, realização da comunicação com conteúdo inadequado – mentiroso, faltante, excessivo, etc. –, caso em que terá havido cumprimento inexato do dever de comunicar, ficando também sujeito, assim, o vinculado à preferência, à reparação pelos danos daí advindos ao sujeito ativo. Por fim, quando sequer tiver havido *denuntiatio*, o

[330] Nas palavras de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, conforme referido no Cap. II, item 2.6, *supra*, em nota de rodapé, "o direito de prelação está sendo violado não só pela omissão do comprador [sujeito passivo] em notificar o vendedor [preferente] de que pretende alienar o bem, mas ainda se esta notificação for incompleta, não se referindo aos exatos termos em que o negócio será celebrado (qual o preço fixado, se o pagamento será à vista ou a prazo, se será parcelado etc.)" (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 187).

incumprimento do dever de comunicar terá sido definitivo. Assim, tal descumprimento, seguido da contratação com terceiro, ou mesmo da desistência de celebrar o contrato projetado, acarretará o direito do preferente de ser indenizado pelos prejuízos porventura ocorridos pela ausência da comunicação[331].

No interregno compreendido entre a constituição do direito potestativo e a manifestação, positiva ou negativa, do preferente, decorre, ainda, da cláusula geral de boa-fé objetiva, uma segunda obrigação para o sujeito passivo, de não prejudicar a integridade e o efeito útil da preferência. O descumprimento deste dever – *v.g.*, com a destruição do bem sujeito à prelação –, embora possa vir a frustrar, na prática, o exercício da preferência – o que, aliás, não retira o caráter potestativo do direito –, não afasta a responsabilidade do sujeito passivo pelas perdas e danos eventualmente sofridas pelo preferente[332].

O não exercício da preferência no prazo decadencial, assim como a manifestação do sujeito ativo no sentido de que não tem intenção de exercê-la, acarretam a perda ou renúncia do direito potestativo. Por outro lado, exercida positivamente a prelação, constitui-se para o preferente o direito de celebrar com o sujeito passivo um contrato objetivamente idêntico ao ajustado com o terceiro e, simultaneamente, a terceira obrigação do vinculado à prelação, de com o sujeito ativo contratar.

A princípio, este dever de contratar deveria ser cumprido pelo sujeito passivo na data ajustada com o terceiro, já que o direito do preferente é o de celebrar um contrato objetivamente idêntico ao projetado entre sujeito passivo e terceiro. Caso não tenha sido estabelecida uma data para a celebração do contrato, como se trata o dever de alienar de uma obrigação pura, ele pode ser exigido pelo credor, preferente, assim como pode ser cumprido pelo devedor, sujeito passivo, imediatamente. Quando, entretanto, apesar de não ter havido definição de prazo, houver razões objetivas que impeçam a celebração imediata do contrato, bem como naqueles casos em que sujeito passivo e terceiro tiverem previsto de modo genérico que a celebração do contrato dar-se-á "em prazo razoável", sua definição poderá caber ao juiz[333]. Diante do atraso do sujeito passivo em contratar com o preferente, estará

---

[331] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 580.

[332] Como preconiza Paulo Luiz Netto Lôbo, "a violação do direito [de preempção] ocorre não só pela falta de notificação, mas quando esta é feita e não se respeita o prazo para manifestação do vendedor [preferente], vendendo-se a coisa antes dela" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 183). Para Pontes de Miranda, "[s]e o sujeito passivo, antes de expirar o prazo, ou sem ter afrontado o outorgado, vende o bem, comete ato ilícito absoluto" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 294).

[333] Nos termos do artigo 331 do Código Civil, "[s]alvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente". Em comentário ao dispositivo, lê-se que "quando o vencimento não é consensualmente estipulado, ou não decorre da natureza da prestação, das circunstâncias negociais ou de disposição legal, o credor poderá exigir o cumprimento imediato da obrigação. A doutrina explica que, não previsto prazo para o desempenho do devedor 'presume então a lei que contraíram uma

sujeito a arcar com as perdas e danos daí decorrentes.

O dever de contratar com o preferente pode, ainda, ser definitivamente descumprido, seja quando o sujeito passivo celebra o contrato projetado com terceiro, seja quando se recusa a celebrar o contrato com o preferente. Também nesses casos o preferente poderá recobrar as perdas e danos que entender devidas.

De parte do preferente, como visto (Cap. II, item 3.5, *supra*), decorre da cláusula geral de boa-fé o dever de, depois de manifestada a intenção em preferir, não frustrar as expectativas legítimas do preferente. As consequências desse descumprimento já foram devidamente analisadas, razão pela qual não serão aqui retomadas.

3.2 Meios de tutela à disposição do preferente

Ao lado do direito do preferente de se ver indenizado pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento, relativo ou absoluto, de qualquer das três obrigações a cargo do sujeito passivo – desde que, é claro, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil –, casos há em que o preferente fará jus, cumulativamente, à execução específica, por meio da ação de preferência.

Como será detalhado no item 2.3, *infra*, deste Capítulo, o direito de executar especificamente a obrigação de fazer do sujeito passivo (de contratar com o preferente nos mesmos termos ajustados com o terceiro) estará presente não só quando o direito de preferência for dotado de eficácia perante terceiros, como também quando sua eficácia for meramente obrigacional. A diferença é que, no segundo caso, o direito à execução específica prevalecerá até que o bem seja indevidamente alienado a terceiro – após o que restará ao preferente apenas a via ressarcitória –, e no primeiro, o direito de exigir do sujeito passivo a conclusão do contrato subsistirá mesmo após a alienação do bem[334].

---

obrigação pura'" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1, cit., p. 629). Ressaltam, ainda, os autores, a necessidade de controle judicial na ausência de prazo convencional, muito embora a hipótese, "prevista pelo art. 1.097 do Projeto Bevilaqua", tenha sido vetada pelo Senado Federal.

[334] Diversamente pensa parte da doutrina. Para Mário Júlio de Almeida Costa, o direito de preferência com eficácia meramente obrigacional enseja apenas o direito às perdas e danos: "o preferente convencional goza, em princípio, de um mero direito de crédito à conduta do obrigado à preferência, cujo inadimplemento dá lugar apenas a uma indenização; ao invés, o preferente legal desfruta, mais do que isso, de um direito potestativo que lhe permitirá fazer seu o negócio realizado em violação da preferência" (*Direito das obrigações*, cit., pp. 452-453). Para Ana Prata, o recurso à ação de preferência só é cabível se se tratar de direito de preferência com eficácia real. Na visão da autora, "para lançar mão do instrumento da acção de preferência, é indispensável que

Em nome da segurança das relações jurídicas, o direito à execução específica do dever de contratar a cargo do sujeito passivo, após a alienação do bem a terceiro, deverá ser exercido pelo preferente dentro do prazo decadencial previsto pelo legislador, sob pena de perda do direito. Assim, *v.g.*, em se tratando de direito de preferência do condômino de bem indivisível, o recurso à execução específica deverá respeitar o prazo de 180 dias, contados do conhecimento, pelo condômino preterido, da alienação a terceiro (cf. art. 504 do Código Civil). Já se se tratar de direito de preferência do locatário, o prazo é de seis meses a contar do registro do ato de alienação no Cartório de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado junto à matrícula do imóvel pelo menos trinta dias antes da alienação (cf. art. 33, *caput*, da Lei de Locações). De todo modo, a eventual decadência do direito de executar especificamente a obrigação de contratar não prejudica a pretensão de pleitear as perdas e danos porventura sofridas, sujeita ao prazo prescricional de três anos, conforme artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil[335/336].

Antes de passar à análise detida dos dois meios de tutela à disposição do preferente diante do inadimplemento das obrigações do sujeito passivo – perdas e danos e execução

---

tenha ocorrido violação do direito, consubstanciada na celebração com terceiro de um contrato válido e incompatível com o cumprimento da obrigação" (*O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 388 e p. 391). No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 29 da Lei de Locações parece servir de fundamento a este tipo de entendimento, ao preceituar que, desistindo o locador de alienar o bem, mesmo após a aceitação do locatário, a consequência é apenas a responsabilidade do primeiro pelos prejuízos causados, inclusive lucros cessantes. Miguel Maria de Serpa Lopes, ao comentar o artigo 1.156 do Código Civil de 1916 (atual 518), assevera que o pacto de preferência "não dá lugar à execução compulsória" (*Curso de direito civil*: fontes das obrigações – contratos. V. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 356).

[335] Nas palavras de Otavio Luiz Rodrigues Junior, em comentário ao direito de preferência do locatário, "é necessário não confundir o prazo decadencial para a adjudicação, que é de seis meses, com o lapso de prescrição da pretensão ressarcitória. [...] A ação ordinária voltada à reparação submeter-se-á aos prazos gerais de prescrição das pretensões de indenização" ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 386 e p. 394). No mesmo sentido, Carlyle Popp ("Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor", cit., p. 30), e Walter Cruz Swensson ("Preferência do inquilino para a aquisição do imóvel locado – natureza do direito instituído pela lei do inquilinato". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1980, p. 88). E, ainda, precedentes (i) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "[c]ontrato de locação. Direito de preferência. [...] Ação de caráter indenizatório. Prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do CC" (TJ/RJ, 11ª CC, AC 0191805-25.2009.8.19.0001, Rel. Des. José C. Figueiredo, j. 13.07.2011, v.u.); e (ii) do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 5ª T., REsp 631.221, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05.10.2006, v.u., DJ 23.10.2006, p. 348, e STJ, 5ª T., REsp 247.245, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 08.08.2000, v.u., DJ 11.09.2000, p. 278). Discorda-se, assim, da posição de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem, ao tratar do pacto de preempção, "[a] responsabilidade por perdas e danos do comprador [sujeito passivo] e do terceiro de má-fé extingue-se com o advento do termo final do prazo de caducidade (seis meses, se coisa móvel; dois anos, se coisa imóvel)" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 185).

[336] Discute-se, em doutrina, a respeito do prazo prescricional aplicável às pretensões de reparação civil. Enquanto parte dos autores entende que a prescrição trienal, prevista no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, refere-se indistintamente às pretensões ressarcitórias oriundas de relações contratuais ou extracontratuais, uma segunda corrente defende que, em se tratando de responsabilidade civil contratual, o prazo aplicável deve ser o geral, isto é, dez anos, ficando o referido artigo 206, § 3, inciso V, restrito aos casos de responsabilidade civil extracontratual. A esse respeito, cfr.: LGOW, Carla Wainer Chalréo; CRUZ, Gisela Sampaio da. "Prescrição extintiva: questões controversas". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 566-572.

específica, via ação de preferência – é preciso abrir um grande parêntese para investigar quais direitos de preferência, no ordenamento jurídico brasileiro, têm eficácia perante terceiros, e quais operam efeitos meramente obrigacionais.

3.2.1 *A eficácia real ou obrigacional dos direitos de preferência*

No primeiro Capítulo deste trabalho (item 6.1, *supra*), ficou esclarecido que o direito de preferência, seja ele qual for e independentemente de sua origem legal ou negocial, não ostenta o caráter de direito real. A relação prelatícia, como visto, é complexa, e constitui-se, sob o ponto de vista do preferente, de um momento potestativo e de um momento creditício, daí dizer-se que a natureza jurídica do direito de preferência é de um "direito potestativo constitutivo de um direito de crédito".

Não obstante, viu-se que certos direitos de preferência são dotados de uma oponibilidade especial – eficácia real –, o que significa, na prática, que o contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro, em desrespeito ao direito do preferente, será ineficaz perante este último, de modo que o titular da prelação poderá exercer coercitivamente o seu direito mesmo após a contratação realizada em violação à preferência, e em consequência haver para si o bem objeto do contrato preferível. É chegado o momento, então, de esclarecer quais direitos de preferência são dotados desta eficácia real, e aqueles que, diversamente, serão marcados por uma eficácia meramente obrigacional, limitada às partes da relação prelatícia. Esta definição é importante para definir o alcance da tutela conferida pelo ordenamento jurídico ao preferente, diante da violação de seu direito.

Com relação aos direitos legais de prelação, em algumas ocasiões, ao associar certas situações jurídicas a direitos de preferência, o próprio legislador prevê a sua oponibilidade perante terceiros, isto é, a eficácia real do direito de preferência. São os casos, por exemplo, (i) do direito de preferência do locatário, desde que averbado o contrato de locação junto à matrícula do imóvel pelo menos 30 dias antes da alienação, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Locações, (ii) do direito de preferência do condômino de bem indivisível, previsto no artigo 504 do Código Civil, (iii) do direito de preferência do arrendatário rural, previsto no artigo 92, § 3º, do Estatuto da Terra, e (iv) do direito de preferência atribuído aos coerdeiros, previsto no *caput* do artigo 1.795 do Código Civil. Nessas situações, parece não haver dúvidas de que o titular da preferência, desde que o faça tempestivamente, poderá opor o seu

direito perante o terceiro que contratou indevidamente com o sujeito passivo e, como resultado, haver para si o bem indevidamente alienado. Para tal, deverá satisfazer os requisitos legais, a exemplo do depósito do preço devido e, especificamente no caso da preferência do locatário, do registro prévio do contrato de locação junto à matrícula do imóvel.

Para além dessas hipóteses, ao associar direitos legais de preferência a outras situações jurídicas, o legislador não lhes atribuiu expressamente eficácia real. É o que ocorre, *v.g.*, no caso do direito de preferência conferido ao superficiário e ao proprietário do solo.

Diante deste cenário, parte da doutrina entende que, apesar do silêncio da lei, os direitos de preferência de origem legal deveriam, por analogia, ser dotados de eficácia real. MARCO AURÉLIO S. VIANA, *v.g.*, aduz o seguinte:

> "Se o dono do terreno ou o superficiário dispõe de condições de atender ao preço e condições de pagamento, prefere ao estranho. [...] [S]e não se dá ciência da alienação, entendemos que se aplica, por analogia, a regra do art. 504 do diploma civil, podendo [o preferente] depositar o preço, e haver o direito para si"[337].

No mesmo sentido o Enunciado nº 509 da V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011: "[a]o superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do Código Civil é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço".

Por outro lado, é possível entender que a eficácia real das obrigações, por ser excepcional, dependeria de previsão legal específica, de modo que não seria possível recorrer à analogia para estendê-la a outros direitos legais de preferência[338].

Ainda no tocante aos direitos legais de prelação, vale mencionar que a questão da eficácia real ou obrigacional parece não se colocar diante do direito de preferência previsto no Estatuto da Cidade em favor dos Municípios, já que a consequência da violação da preferência, prevista naquele diploma, é a nulidade de pleno direito do contrato celebrado em

---

[337] "Dos direitos reais", cit., p. 619. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 3, cit., p. 761.

[338] Para Carlos Roberto Gonçalves, *v.g.*, a eficácia real, para ser alcançada, depende de "força de lei" (*Direito civil brasileiro*. V. 2, cit., p. 31). Sílvio de Salvo Venosa, ao tratar do direito de preferência no âmbito do direito de superfície, explica: "[n]ão existe a possibilidade de o preterido na preempção depositar o preço e haver para si a coisa, como autoriza a lei do inquilinato. Não existe na lei nada que autorize a conclusão que o direito de preferência na superfície seja de natureza real" (*Direito civil*: direitos reais. V. 5. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 424).

desrespeito ao direito do ente municipal.

Com relação ao direito de preferência inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas, de origem convencional, muito embora o legislador não tenha mencionado categoricamente que este direito ostenta eficácia real, parte da doutrina costuma lhe atribuir esta característica por meio de uma interpretação conjunta dos artigos 40 e 118 da Lei das S.A., desde que o acordo esteja arquivado na sede social e averbado nos livros de registro e certificados de ações, se emitidos. Este ponto será desenvolvido no Capítulo IV, item 1.3, *infra*.

Resta definir, então – para além da eficácia do direito de preferência inserido em acordo de acionistas, que será objeto de análise específica –, a eficácia dos demais direitos de preferência de origem convencional, típicos ou atípicos, além da eficácia dos direitos legais de preferência a que o legislador não tenha atribuído expressamente eficácia real. A importância desta definição é justamente saber se o mecanismo da preferência, nesses casos, autorizará, ou não, o preferente a executar especificamente o seu direito, mesmo diante de contratação indevida entre sujeito passivo e terceiro, ou se, diversamente, terá de se contentar com as perdas e danos eventualmente sofridas, ou mesmo se valer de outros institutos de direito civil. Esta questão está longe de ser simples.

Principiando pelo pacto de preempção, o artigo 518 do Código Civil parece não lhe ter atribuído eficácia real, ao dispor que a alienação realizada em desrespeito ao pacto leva à responsabilização do alienante pelas perdas e danos, e eventualmente do adquirente, solidariamente, caso este último tenha agido de má-fé: "[r]esponderá por perdas e danos o comprador [sujeito passivo], se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor [preferente] ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé". Enquanto parte da doutrina aplaude a solução encontrada pelo Código Civil para compor os interesses em jogo[339], outros criticam a timidez do legislador ao regular a fase patológica do pacto de preempção[340].

Diante do teor do artigo 518, diversos autores não hesitam em afirmar que a única via à disposição do preferente diante do desrespeito ao pacto de preempção é a ressarcitória[341]. Para OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, por exemplo, "o Código Civil não imputou aos

[339] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 405.
[340] CATALAN, Marcos. "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., p. 117; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3, cit., p. 218; e LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 183.
[341] ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Atualizado por Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002, p. 177; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 303; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 248.

contraentes legitimidade para dotar o direito de preferência [pacto de preempção] de eficácia real. Autonomia privada nesse campo não se pode expandir ilimitadamente, como se verifica no direito português". Mais à frente, enfatiza que o pacto de preempção não é dotado de eficácia real: "é consequência do direito de preempção ter natureza pessoal a impossibilidade jurídica de se exercer o direito de sequela na hipótese de sua violação. O art. 518 é absolutamente explícito a respeito. A eficácia real na preempção inexiste"[342].

A responsabilização solidária do terceiro adquirente, ao lado do comprador alienante, depende da comprovação de má-fé, o que, na prática, significa a prova de que o terceiro estava ciente da existência do pacto de preempção e, mesmo assim, decidiu contratar com o comprador, sujeito passivo, em desrespeito ao direito do vendedor, preferente. Nas palavras de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, "a culpa do terceiro será provada pelo primitivo vendedor [preferente], evidenciando o fato de ele conhecer o direito de preempção e a referida ausência de interpelação ou falsidade nos termos desta"[343].

Haverá casos, contudo, que a má-fé do terceiro será presumida, invertendo-se o ônus da prova, conforme apontado por PONTES DE MIRANDA. Com efeito, referindo-se a bem imóvel e estando o pacto de preempção averbado junto à sua matrícula, o potencial adquirente terá ciência do pacto previamente à celebração do negócio jurídico de alienação, não podendo, assim, alegar boa-fé. Por outras palavras, na lição do autor, a averbação do pacto de preempção, se não é capaz de conferir ao pacto eficácia real, resulta na presunção de má-fé do terceiro adquirente, podendo o preferente dele recobrar as perdas e danos pela aquisição do imóvel em desrespeito ao seu direito[344].

---

[342] "Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 402 e p. 404.

[343] "Das várias espécies de contrato", cit., p. 319.

[344] *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 285. Em sentido semelhante: LIMA, Ruy Cirne. "Cláusula de preferência (eficácia *erga omnes*)". In: *Revista de direito público*. V. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1982, p. 217. Diversamente de parte da doutrina, que costuma aplicar os conceitos "eficácia *erga omnes*" e "eficácia real" como expressões sinônimas (por todos: CORREIA, A. Ferrer. "Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência". In: *Estudos de direito civil comercial e criminal*: estudos jurídicos II. Coimbra: Almedina, 1985, p. 46), Pontes de Miranda os diferencia. Enquanto um direito com eficácia *erga omnes* seria aquele oponível perante todos, o que, no caso da preferência, significaria que o preferente poderia pleitear uma indenização perante quem quer que viole o seu direito, a eficácia real traria a ideia de um efeito típico dos direitos reais, o que, no caso do direito de preferência, garantiria ao titular da prelação o direito de haver para si o bem. Nas palavras do autor: "[o] direito brasileiro não tem o direito de preempção [...], de origem negocial, com eficácia real, posto que possa ser atribuída ao direito de preempção [...] a eficácia *erga omnes*" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 285). Mais à frente, o autor desenvolve seu raciocínio: "[a] transmissão da propriedade ao terceiro torna impossível o cumprimento da obrigação do sujeito passivo do direito de preempção. Antes da transmissão, pode o titular do direito de preempção registrar o seu direito de preempção, se se trata de imóvel ou de direito que deva constar de registro e, assim, tornar responsável pelos danos o terceiro. A eficácia fez-se *erga omnes*, embora não real. São pontos, esses, que se têm de pôr em relevo. O registro de direito de preferência, se não há registro especial para os negócios jurídicos relativos ao objeto do direito de preferência, no Registro de Títulos e Documentos torna o

De maneira semelhante, entende PAULO LUIZ NETTO LÔBO que, sendo o pacto de preempção, no direito brasileiro, espécie de direito pessoal, o seu registro não o converte em direito real, mas implica a presunção de má-fé do terceiro adquirente, que será solidariamente responsável, ao lado do alienante, pelas perdas e danos sofridas pelo preferente: "sempre estará de má-fé o terceiro adquirente da coisa imóvel, em virtude da publicidade do registro imobiliário da escritura pública de compra e venda que continha o direito de preferência do vendedor"[345]. A presunção de má-fé, a seu ver, estender-se-ia às hipóteses em que o pacto de preempção, referindo-se a negócios jurídicos originalmente não sujeitos a registro (*v.g.*, a compra e venda de bens móveis), estivesse registrado no Registro de Títulos e Documentos[346].

Se boa parte da doutrina, seguindo o preceituado no artigo 518 do Código Civil, entende que o único remédio posto à disposição do preferente é o ressarcimento civil, há autores que vão além da interpretação literal do Código. Para MARCOS CATALAN, *v.g.*, se comprovada a má-fé do terceiro adquirente, o preferente poderia, mesmo após a alienação indevida, exercer o seu direito de preferência, e haver para si o bem alienado em violação ao seu direito: "o pacto de preferência há de ser lido como uma obrigação com eficácia real, conferindo ao vendedor, se puder demonstrar que o terceiro teve ciência da existência do ônus que pesava sobre o bem, o direito de reivindicar a coisa"[347]. A seu ver, à luz do princípio da função social dos contratos e da teoria da tutela externa do crédito, diante da má-fé do terceiro adquirente,

> "parece ser perfeitamente possível [...] desconstituir o negócio pactuado com conhecida violação do pacto de preferência, eis que a conduta do terceiro impediria que o vendedor alcançasse sua legítima expectativa de reaver o

terceiro, a que se dê a propriedade do bem, responsável pela indenização dos danos decorrentes da infração do direito de preempção. A eficácia, aí, é *erga omnes*, posto que não seja real" (*Ibid*, p. 299).

[345] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 186. Assim como Pontes de Miranda, entende o autor que o pacto de preempção registrado, embora não seja dotado de eficácia real, será oponível *erga omnes*, diferenciando, assim, os dois conceitos.

[346] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 186.

[347] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., p. 120. De maneira semelhante pensava Mario Neves Baptista, à luz do artigo 1.156 do Código Civil de 1916, equivalente ao artigo 518 do atual Código Civil. Para ele, a infração ao direito de preempção só se resolveria em perdas e danos se o terceiro adquirente estivesse de boa-fé. Tratando-se, por outro lado, "de aquisição maliciosa da coisa, com conhecimento da preferência, não se aplica o princípio consignado no art. 1.156 do CC. [...] Se ele [terceiro] comprou a coisa sabendo do direito de preempção, existente sobre o mesmo, sem observar a prelação do credor, deve suportar as consequências desse ato. Se o transmitente devia dar a preferência, também vinculado a isso fica o adquirente, quando do pacto tem conhecimento. Por tais motivos, os melhores tratadistas são unânimes em admitir a ação reipersecutória contra o adquirente, toda a vez que este compra a coisa ciente da existência do direito de preferência" (*O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., pp. 123-124). Não se pode deixar de mencionar, apenas, que o posicionamento do autor deu-se em período em que vigia o Código de Processo Civil de 1939, que, por sua vez, previa, em seu artigo 313, o seguinte: "alienada a coisa, terá o preferente ação para exigi-la do terceiro que a houver adquirido, ou para reclamar a indenização correspondente".

> bem. [...] [A]penas desta forma, autorizando-se a tutela específica mediante a adjudicação do bem, é que se possibilitará o sonho constitucional de acesso à ordem jurídica justa, sendo necessário afastar-se a interpretação literal do artigo 518, conjugando-se à necessária leitura sistemática, para se concluir que as perdas e danos na regra prevista devem somar-se à possibilidade conferida ao vendedor de reaver o bem alienado a terceiro em desrespeito à primazia deste, desde que demonstre que o último teve ciência da existência da cláusula de preferência"[348].

A despeito dessas manifestações, que visualizam a possibilidade de o pacto de preempção ser dotado de eficácia real, tudo está a indicar que o legislador, ao regular esta espécie de direito de preferência convencional, não lhe atribuiu tal eficácia, limitando-se a conceder ao preferente o direito de pleitear as perdas e danos sofridas em virtude do desrespeito ao seu direito, seja perante o alienante, seja perante o terceiro adquirente, em caso de comprovada – ou presumida – má-fé[349]. Como mencionado, a eficácia real das obrigações é excepcional, devendo ser prevista expressamente pelo legislador[350].

De maneira semelhante, diante da inexistência de previsão expressa, também não parece correto conceder eficácia real aos direitos de preferência legais a que o legislador não tenha previsto essa característica, a exemplo do atribuído ao superficiário e ao proprietário do solo, assim como aos direitos de preferência convencionais atípicos. Ausente a eficácia real, a violação do direito de preferência, com a alienação indevida do bem ao terceiro, dará ao

---

[348] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., pp. 117-119. Igualmente, para Arnaldo Rizzardo, o preferente, diante do descumprimento do pacto de preempção, não tem a seu dispor somente a via ressarcitória. Na visão do autor, ao lado das perdas e danos previstas no artigo 518 do Código Civil, o preferente poderá também reclamar a coisa das mãos do terceiro adquirente (*Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 335).

[349] Nas palavras de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, "[...] é claro que o terceiro só responderá pelas perdas e danos (aí incluídos danos materiais e morais) se proceder de má-fé, elemento anímico que pode, neste caso, ser equiparado à culpa, para os fins de reparação de danos (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 187). Ao defenderem o alcance meramente obrigacional do pacto de preempção, os autores o diferenciam da retrovenda, com alcance real (*Ibid*, p. 187).

[350] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 2, cit., p. 31. Diversamente, em outro âmbito, Gustavo Tepedino já defendeu que é possível atribuir eficácia real a uma obrigação, desde que preenchido o requisito da publicidade. Para ele, não obstante o sistema *numerus clausus* dos direitos reais, que se deve preservar, muito fértil seriam, na dinâmica da atividade econômica privada, negócios jurídicos e cláusulas que, inseridas nos tipos reais previstos no Código Civil, poderiam ser estabelecidas sem reprovação do sistema. Em suas palavras, "[n]a esteira desse amplo espectro de atividades econômicas privadas, situa-se a hipótese em que, mediante aposição de dever jurídico inserido no título aquisitivo de propriedade, encontram-se vinculados sucessores e terceiros à disciplina dominial pretendida pelas partes. A obrigação de não fazer torna-se, assim, oponível *erga omnes*, guardando eficácia real e sendo tendencialmente perpétua. Note-se a conotação técnica que adquire a relação obrigacional dotada de oponibilidade *erga omnes*. De uma parte, possui todas as características típicas das situações jurídicas subjetivas reais, especialmente no que concerne aos atributos da sequela e da ambulatoriedade. De outra, porém sendo fruto da autonomia privada, mantém-se em vida mercê da força obrigatória dos pactos, podendo, por isso mesmo, ser revista ou extinta, desde que bilateralmente, com o concurso da declaração de vontade livre e consensual de ambas as partes do negócio jurídico" ("Autonomia privada e obrigações reais". In: *Temas de direito civil*. T. II, cit., pp. 290-292).

preferente, a princípio e *com base no mecanismo da preferência*, apenas a possibilidade de pleitear perdas e danos perante o sujeito passivo – com relação ao direito de preferência no âmbito do direito de superfície e aos direitos de preferência atípicos não há previsão de responsabilidade solidária do terceiro adquirente.

Com base no instituto da preferência, então, ao que parece, o titular da prelação a que não tenha sido atribuída eficácia real deve se contentar com o pedido de ressarcimento em face do sujeito passivo – exceto no caso específico do pacto de preempção, em que se estende o pleito indenizatório em face do terceiro adquirente de má-fé.

Isto não significa, todavia, que outros institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro não possam abrir para o preferente outras frentes. Uma das possibilidades é a teoria da tutela externa do crédito. Nas palavras de CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO e LUIZA LOURENÇO BIANCHINI, "a admissão da tutela externa do crédito no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu num contexto de socialização e valorização da ética no direito civil". Seu fundamento deve ser encontrado "na cláusula geral da boa-fé objetiva e na figura do abuso do direito". Nesse sentido, deve-se impor não só aos contratantes, mas também aos demais membros da coletividade "o dever de atuar de forma leal, honesta e transparente nas relações sociais", de modo que os terceiros, "ao celebrarem contrato incompatível com um previamente existente, podem estar a violar a boa-fé objetiva, de modo a ensejar a sua responsabilidade civil pelos danos provocados"[351].

De fato, admitida a responsabilização de um terceiro que coopera com o devedor na lesão a um direito de crédito, será possível, no caso do direito de preferência, responsabilizar não só o sujeito passivo, mas também o terceiro adquirente de má-fé[352]. Na visão de alguns autores, a responsabilização do terceiro cúmplice poderia abranger, inclusive, uma espécie de reparação *in natura*, o que, no caso específico do direito de preferência, alcançaria um efeito prático análogo à eficácia real[353]. Obviamente, a tutela externa do crédito é tema amplo, que

---

[351] "Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito)". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 470. Para os autores, a função social dos contratos não deve servir de fundamento à teoria da tutela externa do crédito. Isto porque o princípio da função social, em vez de aumentar a proteção dos interesses individuais dos próprios contratantes, deveria restringir a sua liberdade, "impondo-se a eles o dever de perseguir, ao lado dos seus próprios interesses, aqueles extracontratuais socialmente relevantes" (*Ibid*, p. 470).

[352] Uma forma de o terceiro isentar-se da responsabilidade é prever que o contrato celebrado com o sujeito passivo estará sujeito à condição suspensiva que faça depender a eficácia do negócio ao não exercício da preferência no prazo decadencial, ou mesmo à condição resolutiva do exercício da prelação (cf. (i) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 184; e (ii) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 299).

[353] Em estudo dedicado à responsabilização do terceiro que coopera com o sujeito passivo na violação de um pacto de preferência, A. Ferrer Correia aduz o seguinte: "[v]ejamos agora, para terminar, em que termos e com que fundamento deverá admitir-se entre nós a responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na

não se circunscreve ao escopo deste trabalho.

Outra alternativa é invocar o *concilium fraudis*, como aponta ATTILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JUNIOR, em comentário ao artigo 513 do Código Civil. Em sua opinião, estando o terceiro adquirente de má-fé e configurado o *concilium fraudis*, o preferente "poderá invalidar a transação porque houve a fraude e não necessariamente porque o seu direito à preferência foi desrespeitado. Neste caso, o proprietário originário [preferente] poderá haver a coisa em si mesma considerada"[354].

Vê-se, assim, que se o titular da prelação sem eficácia real, com base no mecanismo da preferência, tem a seu dispor apenas a via ressarcitória, outros institutos, a exemplo da tutela externa do crédito, podem lhe abrir outros caminhos.

Esclarecida a questão da eficácia dos direitos de preferência, passa-se, no próximo item, a tratar do direito do preferente a ser indenizado em razão do descumprimento de algum

---

violação do pacto de preferência. Enquanto a nós, essa responsabilidade deverá reconhecer-se pelo facto de o terceiro ter contratado conhecendo a obrigação, que impendia sobre a contraparte, de dar preferência a outra pessoa. Tal responsabilidade decorre, em nosso modo de ver, do princípio do abuso de direito. Efectivamente, o acto daquele que, tendo-se obrigado para com A a dar-lhe preferência, vende a coisa a B como se tal vinculação não existira, reveste-se a todas as luzes de grave imoralidade. No ponto de vista da moral social, trata-se de uma conduta altamente reprovável, fortemente penetrada pela má-fé (em sentido normativo). É que o devedor nenhum interesse tem em vender a terceiro, pois que o credor, se quiser exercer a preferência, terá de pagar-lhe exactamente o mesmo preço que o terceiro por sua vez lhe pagaria. [...] Pois bem. Se em princípio o devedor não pode alegar um interesse atendível no incumprimento da convenção de preferência, se temos de admitir, até prova em contrário, que ele procede com o exclusivo intuito de prejudicar o credor, isto é, com intenção maléfica ou meramente emulativa – temos de admitir também que o terceiro, contratando com ele em pleno conhecimento de causa, se torna ele próprio cúmplice de um ato emulativo e merecedor, portanto, do mesmo juízo de reprovação que recai sobre o obrigado. A injustiça e imoralidade da conduta do devedor comunicam-se à do terceiro. Pois quanto mais reprovável o acto por banda do devedor, tanto mais condenável o gesto do terceiro. A cumplicidade na prática de um acto emulativo constitui, ela própria, um caso nítido de abuso de direito. E eis a razão porque entendemos que é de aplaudir a orientação adoptada pelo STJ [português] no seu acórdão de 16 de junho de 1964. Nem tem nada de estranhável que o tribunal tenha condenado o terceiro a fazer entrega ao credor das acções adquiridas, pois 'quando, por abuso do direito, o terceiro seja obrigado a reparar o dano causado ao titular da preferência, esta obrigação poderá revestir a forma de restauração ou reposição natural (Código Civil, art. 2.634.º), isto é, o dever de entregar ao lesado o objecto da aquisição'" ("Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência". In: *Estudos de direito civil comercial e criminal*: estudos jurídicos II, cit., pp. 49-51). Para Alvino Lima, em estudo dedicado à tutela externa do crédito, a sanção ao terceiro que coopera com a violação de um contrato não deve se limitar à responsabilização civil. Em suas palavras, "[a] mais grave e completa sanção contra o fraudador consiste em proclamar a ineficácia do seu ato fraudulento, restaurando a plena eficácia do contrato violado, além das perdas e danos porventura sofridos pelo credor". Isto porque, a seu ver, "[a] simples indenização do credor, por perdas e danos, não satisfaz plenamente o seu direito à prestação devida". Adiante, complementa: "o mais eficaz meio de reparar o dano é negar eficácia ao ato jurídico praticado pelo devedor e pelo terceiro, partícipe da fraude, sempre que se possa, dessa forma, recorrer à execução específica do contrato anterior, restaurando integralmente seus efeitos jurídicos". Para ilustrar seu ponto de vista, o autor recorre ao seguinte exemplo: "se, por exemplo, o imóvel foi vendido pela segunda vez, fraudulentamente, prejudicando os direitos do primeiro comprador, o segundo contrato de compra e venda, realizado fraudulentamente, será totalmente inoponível ao primeiro adquirente" ("A interferência de terceiros na violação do contrato". In: *Revista dos tribunais*. V. 315. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1962, p. 20 e pp. 29-30).

[354] *Comentários ao novo Código Civil*: dos contratos. V. 3, cit., p. 139. Para Arnoldo Wald, "a violação do direito de preferência convencional não tem efeitos reais, a não ser quando o adquirente dele tinha ciência e atuou de modo fraudulento" ("Da prevalência do critério econômico da indivisibilidade e dos efeitos reais da preferência do condômino (interpretação do art. 1.139 do Código Civil)", cit., p. 191).

dos deveres a cargo do sujeito passivo.

3.2.2 *O direito à indenização*

Conforme referido, o descumprimento de qualquer das três obrigações do sujeito passivo da relação prelatícia enseja o direito à indenização do preferente, desde que restem comprovados os prejuízos daí advindos[355]. É preciso, contudo, definir minimamente os contornos desse dever de reparar. Não se trata de tarefa simples. A dificuldade é refletida por MARCOS CATALAN, que ao tratar da indenização devida ao preferente diante da alienação indevida do bem a terceiro, deparou-se com diversas dúvidas, muito embora não tenha se disposto a respondê-las, por fugir a questão do escopo de seu trabalho. Em suas palavras:

> "Qual o prejuízo a ser reparado [pela alienação indevida do bem]? Será a diferença do valor pago pelo terceiro e o real valor do bem na data do ajuizamento da ação ou o valor da coisa deverá ser aferido quando da prolação da sentença? E se houver desvalorização do imóvel, como se aferir o prejuízo? O que ocorreria ainda se o vendedor [preferente] alegasse e efetivamente demonstrasse que o bem outrora alienado possui valor de estima? Faria ele jus a receber prestação pecuniária de índole extrapatrimonial em razão do ilícito negocial praticado? [...]"[356]

As linhas a seguir não têm a pretensão de esgotar o tema, mas sim de contribuir para o estudo da questão, até o momento tão pouco desenvolvida pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Quanto às obrigações do sujeito passivo de proceder à *denuntiatio* e de não prejudicar o efeito útil do exercício da preferência, ambas desdobramentos da boa-fé objetiva, elas se inserem num momento da relação prelatícia em que, embora já seja exercitável o "direito

[355] Ao tratar das consequências jurídicas da alienação a terceiro em detrimento do preferente, e da infração ao dever de comunicar, assevera Otavio Luiz Rodrigues Junior que "[o] dano não será *in re ipsa*. O preferente ignorado deverá demonstrá-lo a partir de elementos susceptíveis de avaliação" ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 404). De maneira semelhante, preconiza Paulo Luiz Netto Lôbo que "[c]abe ao vendedor [preferente], que teve seu direito violado, o ônus de provar os prejuízos ou danos que sofreu, em todas as suas dimensões, sejam eles materiais ou morais" ("Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 185). Ainda, Pontes de Miranda: "[o]s danos têm de ser avaliados e não se pode, *a priori*, determinar quais sejam" (*Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 287).

[356] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., pp. 116-117.

potestativo constitutivo" do preferente, não há, ainda, direito de contratar, que somente nasce com a declaração para preferir. Assim, quando há violação dos deveres de comunicar ou de preservar o efeito útil do exercício da prelação, o que o sujeito ativo perde não é exatamente o direito de concluir um contrato com o sujeito passivo, objetivamente idêntico ao ajustado com o terceiro, mas sim, nas palavras de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, o direito "em lhe ser facultada a possibilidade efectiva de decidir entre exercer ou não o direito de preferência em face de um projecto concreto de um contrato", de modo que "está em causa apenas a perda de uma oportunidade para celebrar certo contrato"[357].

Caso o preferente sequer tenha sido comunicado a respeito da contratação entre sujeito passivo e terceiro, ele nem mesmo terá tomado conhecimento dos termos do contrato projetado, de modo que não será possível saber se ele desejaria, ou não, exercer a preferência.

Diante dessas constatações, cumpre averiguar se a violação das obrigações de comunicar o preferente acerca da constituição de seu direito, e de não prejudicar o efeito útil do exercício da preferência, permitem que a indenização devida ao preferente equivalha a seu interesse negativo ou positivo.

Para AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, como, nesses casos, não terá havido negociação entre sujeito passivo e preferente – por vezes, este último sequer terá tomado conhecimento de que seu direito se constituiu –, a indenização pelo chamado interesse negativo teria pouco ou nenhum alcance, já que o preferente não terá suportado custos ou realizado despesas tendo em vista a celebração futura do contrato. Por outro lado, como já há um contrato com seus contornos perfeitamente definidos – ajustado entre sujeito passivo e terceiro –, seria possível cogitar de indenização pelo interesse positivo, visando a colocar o preferente na situação em que estaria se tivesse contratado com o sujeito passivo. Isto porque as violações em questão – falha ou inexistência de *denuntiatio* ou comprometimento do efeito útil da preferência – ocorrem numa fase da relação prelatícia em que, embora não esteja presente ainda o dever do sujeito passivo de contratar com o preferente, já está constituído o "direito potestativo constitutivo" deste último. E, já estando perfeitamente definidas as condições em que o contrato será celebrado, o nascimento do dever de contratar a cargo do sujeito passivo está apenas na dependência de um ato exclusivo do preferente, isto é, do exercício de seu direito potestativo. Assim, e especialmente para a doutrina que considera a violação ao dever de boa-fé objetiva como qualquer outra modalidade de ilicitude, para fazer jus à indenização pelo interesse positivo, o preferente, na visão do autor, deveria apenas demonstrar, além do dano,

[357] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 591.

que ele realmente pretendia preferir, e que tinha condições para tanto[358].

Ressalve-se apenas que, para aquelas correntes doutrinárias que (i) ou veem na relação de preferência a atribuição de uma obrigação negativa ao sujeito passivo – não contratar com terceiros em detrimento do preferente –, (ii) ou que enxergam a violação do direito de preferir apenas diante da alienação do bem objeto da preferência a terceiro, o ilícito não terá ainda ocorrido, só vindo a ocorrer se e quando o sujeito passivo vier a contratar com terceiro[359]. Assim, não haveria, antes da alienação indevida, direito à indenização do preferente, seja pelo interesse positivo, seja pelo negativo.

Passando ao inadimplemento do dever de contratar com o preferente, dever este que se constitui com a manifestação da intenção de preferir, está em causa a violação da principal obrigação inerente à relação prelatícia. Já há, neste momento, o direito de crédito à celebração do contrato. Este direito, em certos casos, será oponível perante terceiros, em outros não. Independentemente da eficácia real da prelação, a violação, pelo sujeito passivo, do direito do preferente, de com ele celebrar um contrato objetivamente idêntico ao ajustado com o terceiro, enseja a obrigação de indenizar pelos danos efetivamente sofridos[360].

Para AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, caso se trate de direito de preferência com eficácia meramente obrigacional, se o bem tiver sido indevidamente alienado a terceiro, como só haverá a via ressarcitória à disposição do preferente, a indenização deverá corresponder a seu interesse positivo, isto é, à vantagem patrimonial que ele teria se tivesse adquirido o bem, de modo a colocá-lo em situação econômica equivalente à que estaria se tivesse contratado com o sujeito passivo. Já em se tratando de direito de preferência com eficácia real, oponível perante terceiros, ao lado da pretensão indenizatória há o direito de exigir a celebração do

---

[358] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 593-594.

[359] Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, "a preferência só é violada quando é celebrado um contrato incompatível com a preferência, o que nos leva a preferir a posição de que constitui uma obrigação de conteúdo negativo" (*Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 249). De maneira semelhante, leciona António Menezes Cordeiro que "[a] violação dum pacto de preferência [...] só se consubstancia quando o obrigado tenha concluído, com terceiro, em detrimento do preferente, o contrato definitivo" (*Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 495). Por fim, na opinião de Angelo de Martini, o vinculado à prelação só estaria obrigado a dar preferência se celebrasse com terceiro um contrato preferível. Assim, apenas com a celebração efetiva do contrato é que, simultaneamente, venceria e restaria descumprida a obrigação do sujeito passivo, só então podendo o preferente reagir a tal incumprimento ("Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione". In: *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*: diritto civile. V. 3. Bologna: Zanichelli Editore, 1953, pp. 225-226. Citado por Ana Prata. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 388, em nota de rodapé).

[360] Sem razão Valdemar P. da Luz ao afirmar que o direito à indenização do preferente dependeria de expressa previsão legal, ao analisar o direito de preferência no âmbito do condomínio. Para ele, "à míngua de disposição expressa, não cabe ao condômino o direito de requerer perdas e danos, porquanto a lei somente lhe reserva a possibilidade de reaver o imóvel através da competente ação de preferência" ("Direito de preferência". In: *Revista dos tribunais*. V. 752. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1998, p. 745). O autor parece não considerar a existência das regras gerais de responsabilidade civil, previstas basicamente nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

contrato e, mediatamente, a aquisição do bem, ainda que ele já tenha sido indevidamente alienado. Assim, o ressarcimento do preferente, caso ele opte por pleitear cumulativamente a execução específica, corresponderá aos gastos que ele tiver incorrido para exercer coercitivamente o seu direito[361].

É possível, ainda, como visto no item anterior, que o terceiro, adquirente do bem, venha a ser também responsável pelo ressarcimento do preferente, seja (i) por expressa previsão legal, como é o caso do artigo 518 do Código Civil, que ao regular o pacto de preempção prevê a responsabilidade solidária do adquirente de má-fé pelas perdas e danos incorridas pelo preferente, seja (ii) em função da teoria da tutela externa do crédito. Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, pode o preferente "pedir uma indemnização ao terceiro adquirente, caso este haja agido com culpa e verificando-se os respectivos requisitos". O autor vai além, ao afirmar que, em caso de dolo do terceiro, mesmo em se tratando de direito de preferência com eficácia meramente obrigacional, o preferente poderia "pedir anulação do negócio faltoso, por ilicitude, quando o obrigado faltoso e o terceiro adquirente tenham actuado com dolo, em termos que justifiquem tal sanção"[362]. Ressalva o autor que esta solução é afeita apenas àqueles que aceitam a teoria da eficácia externa dos créditos.

Em qualquer caso, o direito à indenização do preferente, como recorda ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, depende da comprovação de que ele teria possibilidade de preferir, isto é, de que possuía condições econômicas para pagar o preço e para respeitar as demais circunstâncias do negócio projetado entre sujeito passivo e terceiro[363]. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão referida no informativo de jurisprudência nº 496, utilizou, como um dos fundamentos para negar o pedido de indenização relativo a descumprimento de cláusula contratual de preferência inserida em contrato para construção de navio graneleiro, o fato de ter ficado "comprovado que o recorrente [preferente] não detinha condições financeiras para cumprir o negócio jurídico entabulado pelas partes [sujeito passivo e terceiro adquirente]"[364].

---

[361] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 596.
[362] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 496.
[363] *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 312. No mesmo sentido, afirma Carlyle Popp que deverá o preferente comprovar que "possuía condições econômicas para pagar o preço querido" ("Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor", cit., p. 31). E, ainda, em jurisprudência: (i) "[i]ndenizatória. Contrato de locação de imóvel residencial. Alegação de violação do direito de preferência. Falta de prova de que a locatária tinha condições de adquirir o imóvel, que, por si só, fulmina a pretensão autoral" (TJ/RJ, 7ª CC, AC 0013789-75.2007.8.19.0209, Rel. Des. André Andrade, j. 30.03.2011, v.u.); (ii) TJ/RJ, 2ª CC, AC 0033564-55.2006.8.19.0001, Rel. Des. Jesse Torres, j. 01.09.2010, v.u.; e (iii) TJ/RJ, 3ª CC, AC 0123222-27.2005.8.19.0001, Rel. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede, j. 16.06.2010, v.u..
[364] STJ, 4ª T., REsp 1.125.618, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 24.04.2012, v.m.. Referida no Informativo de Jurisprudência nº 496. Período: 23 de abril a 4 de maio de 2012.

Quando o direito de preferência for convencional, originado, assim, em um instrumento contratual, contratual será também a responsabilidade civil do sujeito passivo. Já o fundamento da responsabilidade civil do vinculado à preferência legal não pode ser enquadrado na epígrafe "responsabilidade civil contratual", já que não há, ainda, contrato, tampouco negociações preliminares com o preferente. De toda forma, seria possível visualizar o dever de indenizar do sujeito passivo em razão do descumprimento de uma obrigação legal.

Antes de passar ao próximo item, vale mencionar interessante parecer jurídico, proferido no início da década de 1980, por ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ROGÉRIO LAURIA TUCCI, sobre a apuração das perdas e danos em virtude de preterição do direito de preferência[365].

No caso concreto analisado pelos pareceristas, o consulente, locador de certos imóveis, pretendendo aliená-los em conjunto, notificou os locatários, para lhes possibilitar o exercício do direito de preferência, nos termos do artigo 16 da Lei nº 4.494/1964 – lei de locações então vigente.

Num primeiro momento, um dos locatários, o Sr. Luiz Alvino, manifestou interesse na aquisição apenas do imóvel que ocupava. Pouco tempo depois, outro inquilino, a Metalúrgica Eduardo Ltda., interessou-se em adquirir todos os imóveis, manifestando sua intenção em termos diversos daqueles originalmente pretendidos pelo locador. Diante da proposta da metalúrgica, o locador, então, notificou os demais locatários, dentre eles o Sr. Luiz Alvino, para que se manifestassem novamente. É que, no diploma locatício então vigente, diante do interesse de mais de um locatário na aquisição do conjunto de imóveis, a preferência seria do locatário mais antigo, no caso, o Sr. Luiz Alvino. Diante desta segunda notificação, este último manifestou interesse em adquirir a totalidade dos imóveis, propondo, inclusive, condições de pagamento *mais favoráveis* ao locador, quando comparadas com as condições propostas pela metalúrgica.

Não obstante, a compra e venda foi realizada entre a metalúrgica e o locador, o que ensejou o ajuizamento de ação judicial pelo Sr. Luiz Alvino, requerendo indenização pelas perdas e danos daí advindas. No julgamento de primeira instância, o juiz, após constatar que o Sr. Luiz Alvino teria condições financeiras de adquirir a totalidade dos imóveis, acolheu o pleito autoral, condenando o locador ao pagamento de indenização correspondente à diferença entre o preço pago pela metalúrgica e o valor atualizado do imóvel.

Refutando os termos da sentença, concluíram os pareceristas, em primeiro lugar, que o

[365] "Lei do inquilinato. Exercício do direito de preferência e de apuração de perdas e danos, em virtude de preterição". In: *Revista dos tribunais*. V. 547. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 1981, pp. 29-37.

exercício da preferência não fora exercido regularmente, tendo em vista que o Sr. Luiz Alvino não respeitou a paridade de condições, propondo novas condições para a aquisição, ainda que mais vantajosas. Em segundo lugar, com relação à cominação de perdas e danos, entenderam o seguinte:

> "Não se afigura razoável, nem lógico, que a consulente seja compelida ao pagamento de quantia (vultosa quantia) que não foi perdida pelos demandantes, ou que estes não tenham deixado de lucrar. Para que a tanto fosse obrigada, necessária, absolutamente necessária, é a comprovação do dano emergente e/ou do lucro cessante. [...] Por não terem [os autores] pago qualquer importância a esta [ré], não ficaram aqueles privados de seu capital, [...] tendo podido, portanto, aplicá-lo onde bem entendessem... [...] Os demandantes só teriam deixado de lucrar o valor fixado no ato decisório sob cogitação e análise crítica se tivessem sido obstados de utilizar o dinheiro destinado à negociação programada na aquisição de outros bens; se tivessem ficado com esse dinheiro retido indevidamente; ou, ainda, se tivessem pago qualquer soma à demandada, de sorte a vê-la desvalorizada, dada a falta de obtenção dos objetos adquiridos. Por outras palavras, o casal Luiz Alvino Del Tedesco e Dollarina Ramos Del Tedesco [...] nada perdeu ou deixou de lucrar. [...] Se não houve prejuízo, obviamente não se pode falar em reparálo. [...] Ninguém pode lucrar pelo simples existir de uma ilicitude, mesmo que a lei autorize, em razão desta, o ressarcimento: se não houver dano, não há o que ressarcir. De outra parte, não eram os imóveis em causa, como antes salientado, os únicos que poderiam os autores adquirir com o dinheiro porventura reservado à negociação aquisitiva imobiliária; podendo, pelo contrário, ser este utilizado na compra de outro ou de outros, durante o largo período de cinco anos, transcorrido desde então. [...] Opinamos, por isso, pela reforma da sentença analisada"[366].

A respeitável opinião dos pareceristas, ao que parece, merece temperos. O fato de o locatário preterido em sua preferência não ter despendido os valores necessários à aquisição dos imóveis não significa necessariamente que o desrespeito a seu direito não lhe tenha ocasionado prejuízos indenizáveis. Comprovada a valorização dos imóveis sob litígio, não é de todo irrazoável admitir a condenação do locador, a título de lucros cessantes, como fez o magistrado de primeiro grau, ainda que, eventualmente, no cálculo da indenização, se considere também o benefício auferido pelo locatário por ter permanecido com o montante equivalente à aquisição dos imóveis (juros e correção monetária em uma aplicação financeira, por exemplo).

De fato, explica GISELA SAMPAIO DA CRUZ que, "para que a indenização dos lucros cessantes seja calculada na ponta do lápis, [...] é necessário avaliar também se o evento

[366] AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. "Lei do inquilinato. Exercício do direito de preferência e de apuração de perdas e danos, em virtude de preterição", cit., pp. 35-36.

danoso, paralelamente ao dano, lhe trouxe algum outro tipo de benefício". Neste caso, a recomendação é que "o magistrado desconte do valor da indenização os benefícios trazidos pelo evento danoso". Do contrário, a vítima ficaria em situação melhor do que a que estaria se não restasse configurado o ato ilícito. Trata-se do que se convencionou chamar de *compensatio lucri cum damno*[367].

3.2.3 *O direito à execução específica, via ação de preferência*

A amplitude dos meios postos à disposição das partes, por um ordenamento jurídico, para a tutela específica das obrigações inadimplidas, está ligada a questões de política legislativa e a valores morais relacionados ao respeito às situações jurídicas subjetivas. A relação prelatícia não foge a esta regra geral. As linhas a seguir destinam-se justamente a analisar a efetividade prática do direito de preferência, de origem legal ou contratual, sobretudo no que tange à possibilidade de tutela específica diante da violação dos direitos titularizados pelo sujeito ativo da relação.

3.2.3.1 *Natureza e finalidades da ação de preferência*

Não é incomum constatar, nas lições de doutrina, que a ação de preferência seria o meio adequado para, diante da violação da prelação através da contratação entre sujeito passivo e terceiro, o preferente exercer coercitivamente o seu direito. Assim, a ação somente seria cabível nos casos em que o direito de prelação fosse oponível perante terceiros. HELDER MARTINS LEITÃO é um dos autores que perfilha este entendimento: "[...] apenas os direitos de preferência de origem legal previstos no Código Civil [como mencionado, em Portugal, todos os direitos legais de preferência são dotados de eficácia real] e, bem assim, os pactos de

[367] *Lucros cessantes*: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade, cit., pp. 308-309. A autora continua, explicando que não é "qualquer benefício que enseja a *compensatio lucri cum damno*. Para que se possa proceder à imputação dos benefícios no cômputo dos danos, é necessário que aqueles se mantenham numa relação de causa e efeito com o fato que origina a reparação ou, por outras palavras, que a vantagem e o prejuízo provenham do mesmo fato do qual emana a responsabilidade civil" (*Ibid*, pp. 310-311). Assim, no caso analisado pelos pareceristas, a compensação de eventuais ganhos financeiros havidos pelo autor da ação com o valor da indenização devida a título de lucros cessantes dependeria da constatação de que referidos ganhos estavam ligados por uma relação de causalidade ao fato que originou a obrigação de indenizar.

preferência a que tenha sido atribuída eficácia real, conferem ao respectivo titular a faculdade de, quando violado o seu direito, se socorrer da acção de preferência"[368].

VALDEMAR P. DA LUZ, igualmente, define a ação de preferência como aquela que "compete à pessoa preterida no seu direito de ser preferido na aquisição de determinado bem, em face de lei ou de convenção. É o permissivo jurídico para que o beneficiário legal ou contratual possa haver para si a coisa *que [...] foi alienada a estranho*"[369]. Ainda, para ANA PRATA, "para lançar mão do instrumento da acção de preferência, é indispensável que tenha ocorrido violação do direito, consubstanciada na celebração com terceiro de um contrato válido e incompatível com o cumprimento da obrigação"[370].

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, dizem esses autores que a procedência da ação teria como efeito a mutação subjetiva do contrato, numa espécie de cessão da posição contratual, mediante a substituição do terceiro pelo preferente[371]. Isto porque, com a violação da preferência com eficácia real, surgiria um novo direito para o preferente, de se substituir ao terceiro no contrato celebrado entre este último e o sujeito passivo. Nas palavras de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, "a segunda fase do regime de preferência surgirá apenas se o obrigado à prelação alienar a coisa sem proporcionar ao preferente, de acordo com o regime legal, a possibilidade de, em igualdade de condições, a adquirir para si". Nesta segunda etapa, "o preferente passa a ter o direito potestativo de, por via judicial – através de uma acção de preferência –, se substituir ou sub-rogar ao adquirente da coisa, no contrato por este celebrado com o obrigado à prelação". Em nota de rodapé, continua o autor: "o exercício do direito do preferente, através de uma acção judicial, não origina a celebração de um novo contrato. O escopo da acção é a substituição ou sub-rogação do terceiro comprador pelo preferente"[372].

---

[368] *Da acção de preferência*, cit., p. 59. No mesmo sentido a lição de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (*Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 243). Posição semelhante parece ser a de João de Matos Antunes Varela (*Das obrigações em geral*. V. 1, cit., pp. 382-383). Ao tratar do pacto de preempção, assevera Fábio Ulhoa Coelho que ele "não pode ser objeto de execução específica em juízo" (*Curso de direito civil*. V. 3, cit., p. 158). Em sentido semelhante: POPP, Carlyle. "Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor", cit., p. 23.

[369] "Direito de preferência", cit., p. 743. Grifou-se.

[370] *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 391.

[371] Cf., dentre outros: (i) LOUREIRO, José Pinto. *Manual dos direitos de preferência*. V. 2. Coimbra: Livraria Gonçalves, 1945, pp. 271-272; (ii) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 459; e (iii) MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 227. Em jurisprudência: TAC2/SP, 5ª CC, AC 156.749, Rel. Juiz Alfredo Migliore, j. 14.09.1983, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 178. Para conferir outros autores que defendem que o exercício coercitivo da preferência implica a mutação subjetiva do contrato, cfr. Cap. II, item 1, *supra*.

[372] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 226-228. Walter Cruz Swensson, ao tratar do direito de preferência do locatário, também entende que a violação à preferência faz nascer um novo direito para o preferente, embora de caráter real: "[o] art. 25 [da Lei nº 6.649/1979, antiga lei de locações] criou outro direito, este real, que tem como fato gerador a violação daquele direito pessoal. São, portanto, direitos diferentes. Cada um com uma natureza própria, gerados por fatos distintos. Quando do surgimento do direito pessoal, o que existe é apenas uma proposta de compra de imóvel locado, formulada por terceiro. Ao nascer o segundo direito, o imóvel já foi transacionado com terceiro e já está registrado ou inscrito em nome dele" ("Preferência do inquilino para a

De maneira semelhante leciona JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA: "a procedência da acção de preferência tem como resultado a substituição do adquirente pelo autor, com efeito retroactivo, no contrato celebrado, tudo se passando, em princípio, como se o contrato tivesse sido celebrado *ab initio* entre o alienante e o preferente". E, mais adiante: "se o obrigado à preferência, violando o pacto, alienar a coisa a terceiro, passa o titular da preferência, tendo ela eficácia real, a gozar de um verdadeiro direito potestativo, por virtude do qual [...] ele pode se substituir ao adquirente"[373].

Esta linha de pensamento já vinha sendo desenvolvida décadas antes, por JOSÉ PINTO LOUREIRO. Para ele, do exercício da preferência resultaria "a substituição do preferente ao adquirente, com inteira subsistência do contrato em tudo o mais", produzindo, assim, "uma sub-rogação e, portanto, um só contrato e três pessoas ligadas entre si por virtude do mesmo contrato", a qual operaria "ex-tunc, desde o momento da alienação, aproveitando ao preferente todas as vantagens advindas à coisa alienada desde a alienação"[374].

Para além das lições doutrinárias, este tipo de posicionamento é reproduzido em precedentes jurisprudenciais[375]. Não obstante, não parece ser a melhor forma de compreender a fase patológica da relação de preferência.

A ação de preferência, atualmente, não é típica no Brasil[376], havendo na legislação apenas referências esparsas a ela, a exemplo do artigo 504 do Código Civil, pelo qual o condômino preterido poderá, depositando o preço, haver para si a coisa alienada em desrespeito a seu direito de preferência, e do artigo 33 da Lei de Locações, que faculta ao locatário que teve seu direito violado haver para si o imóvel locado, devendo, para tal, depositar o preço e demais despesas do ato de transferência.

O hoje revogado Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 311 a 313, previa as ações de preempção ou preferência dentre os procedimentos especiais típicos, mas as

---

aquisição do imóvel locado – natureza do direito instituído pela lei do inquilinato", cit., p. 87). Confira-se, a seguir, o teor do dispositivo mencionado pelo autor: "o locatário a quem não se notificar da venda, promessa de venda, ou cessão de direitos poderá, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado [...]".

[373] *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., p. 387 e p. 394.

[374] *Manual dos direitos de preferência*. V. 2, cit., pp. 271-273.

[375] Já se afirmou, no extinto Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, *v.g.*, que o direito de haver para si a coisa indevidamente alienada, chamado pelo tribunal de "direito real de preferência", "só existirá se houver, efetivamente, a alienação do imóvel alugado". Diversamente do que se preceitua neste trabalho, decidiu-se que a notificação, por mais detalhada que seja, não obriga o sujeito passivo a contratar, o que só ocorrerá com a alienação indevida a terceiro. As perdas e danos, por outro lado, seriam cabíveis (TAC2/SP, 5ª CC, AC 156.573, Rel. Juiz Luiz Tâmbara, j. 16.03.1983, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., pp. 175-176).

[376] "O nosso ordenamento jurídico mostra-se silente quanto a essa ação" (LUZ, Valdemar P. da. "Direito de preferência", cit., p. 743). Para o autor, dada a atipicidade da ação de preferência, a pretensão do sujeito ativo poderia ser exercitada por meio da ação de preferência propriamente dita, ou por uma ação de anulação de venda cumulada com pedido de adjudicação compulsória.

regras não foram reproduzidas pelo legislador de 1973. No diploma revogado, havia a possibilidade de o preferente, "quando lhe constar que a coisa vai ser alienada, notificar o alienante da intenção de usar do direito de preferência" (artigo 312, *caput*). Além disso, o pacto de preempção era dotado de eficácia perante terceiros, nos termos do artigo 313 do referido Código: "[a]lienada a coisa, terá o preferente ação para exigi-la do terceiro que a houver adquirido, ou para reclamar a indenização correspondente".

Como, entretanto, no ordenamento jurídico atual não há dispositivos legais correspondentes aos citados no parágrafo anterior, os contornos da ação de preferência devem ser estabelecidos à luz do direito material homônimo, de modo a com ele se compatibilizar.

Deve, assim, a ação de preferência ser entendida simplesmente como o instrumento posto à disposição do preferente para ultrapassar uma situação de incumprimento por parte do sujeito passivo, num momento em que seu "direito potestativo constitutivo", apesar de já poder ser exercido, foi, de alguma forma, violado.

A ação de preferência, meio adequado para o sujeito ativo exercer coercitivamente o seu direito, pode ser utilizada não só pelos preferentes cujo direito seja dotado de eficácia real, como também por titulares de prelação com eficácia meramente obrigacional, desde que, neste último caso, não tenha havido, ainda, alienação do bem a terceiro. Seria a hipótese, por exemplo, do sujeito passivo que, após manifestar sua intenção em celebrar o contrato objeto da preferência, e já tendo ajustado com terceiro os termos desta contratação – constituído, assim, o direito potestativo do preferente –, desiste de contratar (cf. Cap. II, item 3.6, *supra*). Nas palavras de MARCOS CATALAN, em estudo dedicado ao pacto de preempção, "parece claro o raciocínio de que se o bem ainda não foi vendido, impõe-se ao comprador [sujeito passivo] que manifesta perante terceiros o desejo de alienar o bem, formulando proposta com efeitos vinculantes, o dever de entregar a coisa ao vendedor [preferente]", desde que este último "revele tal pretensão mediante oferta real do preço, tal qual o poderia ser pelo terceiro a quem sua oferta se destinou"[377].

[377] "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?", cit., p. 116. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, ao descrever a evolução jurisprudencial acerca da tutela específica dos compromissos de compra e venda, descreve situação que, em certa medida, confirma esta linha de raciocínio. Explica o autor que muito se debateu, em jurisprudência, a respeito da necessidade, ou não, de a promessa de compra e venda ser registrada no órgão competente, para que uma das partes pudesse exigir da outra a tutela específica. Sustentavam alguns que tal tutela derivava do direito real emergente do registro do contrato. Assim, sem o registro, a parte prejudicada deveria se contentar com as perdas e danos. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal chegou a sumular o entendimento de que a tutela específica dependia do prévio registro da promessa de compra e venda (Súmula 167). Posteriormente, nas palavras do autor, "percebeu-se, no entanto, que essa visão consistia em um desvio de perspectiva. O direito de exigir judicialmente o cumprimento do pactuado não nascia da natureza real do contrato levado a registro, mas sim da irretratabilidade do negócio. [...] Os limites da promessa de compra e venda não registrada estão na impossibilidade de se opor seu conteúdo a

No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça Português: "o exercício do direito de preferência não depende de um contrato de alienação celebrado entre o sujeito à preferência e terceiro, bastando que aquele manifeste ao titular do direito de preferência a vontade de alienar a coisa". Dito de outro modo, "não é, pois, indispensável que a alienação esteja feita para que o direito de preferência seja exercido: efectuada a aludida comunicação, e declarando o seu destinatário que quer exercer o seu direito de preferência, é aquele obrigado, para com este, a alienar a coisa ao preferente"[378].

A ideia de que a ação de preferência pode ser também utilizada por titulares de direitos de prelação com eficácia meramente obrigacional é reforçada pela interpretação da doutrina ao artigo 514 do Código Civil, que regula o pacto de preempção, e se assemelha ao revogado *caput* do artigo 312 do Código de Processo Civil de 1939, antes referido. Com efeito, o artigo 514 autoriza o preferente a exercer seu direito independentemente de ter sido previamente comunicado pelo sujeito passivo, devendo, para tanto, intimá-lo, quando constatar que este último vai alienar a coisa, mediante venda ou dação em pagamento. Diante da intimação, caso o sujeito passivo se recuse a contratar com o preferente, afirma a doutrina que lhe é facultado recorrer à execução específica.

Nessa linha, ao comentar o referido dispositivo, explica PAULO LUIZ NETTO LÔBO que, se a obrigação do sujeito passivo não for cumprida mesmo após a sua intimação pelo preferente, e desde que antes da alienação a terceiro, "tem o titular do direito ação de direito material e de direito processual". E continua: "A pretensão [do preferente] é no sentido de exigir a obrigação de fazer (outorgar o contrato de compra e venda) e a obrigação de dar (a coisa, mediante o acordo de transmissão)". Além disso, como o legislador não atribui eficácia real ao pacto de preempção, "para evitar a consumação do contrato de venda [...], o vendedor [preferente] poderá pleitear medida cautelar que impeça a venda da coisa, até decisão final". Finalmente, "o juiz declarará a relação jurídica de direito de preferência, marcando dia e hora

---

terceiros. [...] Mas a inscrição é irrelevante para a plena eficácia do direito pessoal *entre as partes contratantes*, às quais se franqueia a adjudicação compulsória. Foi o Superior Tribunal de Justiça a sede da consolidação desse entendimento, que culminou com a edição da súmula 239, *in verbis*: 'o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis'. Alterou-se assim radicalmente a anterior posição da nossa jurisprudência, eliminando por completo aquele ilegítimo óbice ao acesso à justiça" (*Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 124-126. Grifou-se). Nessa linha, ao tratar especificamente do pacto de preferência inserido em acordo de acionistas, assevera que "duas podem ser [...] as situações caracterizadoras do interesse jurídico do credor em obter a tutela jurisdicional substitutiva da produção dos efeitos do pacto de preferência. Em primeiro lugar, a comunicação e posterior retratação do propósito de vender as ações; em segundo, a alienação destas a terceiro. Em ambos os casos, a tutela específica é admitida, haja vista a clara manifestação de vontade do acionista em transferir seus títulos" (*Ibid*, p. 129).

[378] Acórdão de 6 de março de 1979, referido por Ana Prata (*O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., p. 389).

para o contrato ou escritura ou tradição. Se o comprador [sujeito passivo] não comparecer, a sentença, que é constitutiva, permite a lavratura da escritura pública"[379].

À luz do artigo 1.151 do Código Civil de 1916, que trazia disposição semelhante ao atual artigo 514, afirmava J. M. DE CARVALHO SANTOS, de maneira análoga, que constatando o preferente que o sujeito passivo pretende celebrar um contrato preferível, ele pode, "conhecendo o preço pelo qual vai o comprador [sujeito passivo] vender a coisa, depositá-lo em Juízo, para que o comprador o venha a receber, mediante o cumprimento da obrigação pactuada na cláusula de preferência"[380].

A ação de preferência, assim, parece ser nada mais do que uma espécie de execução específica posta à disposição do preferente, independentemente da eficácia real ou obrigacional de seu direito[381].

Quando ajuizada, o preferente ou (i) já terá exercido seu direito potestativo constitutivo, estando, assim, o sujeito passivo obrigado a contratar, mas por alguma razão o preferente não conseguiu obter amigavelmente a celebração do contrato com o sujeito passivo; ou (ii) deseja exercê-lo, só não o tendo feito por alguma impossibilidade objetiva, como por exemplo seu desconhecimento inicial, seguido de alienação indevida a terceiro. Neste segundo caso, a comunicação para preferir ou já ocorreu ou não irá mais ocorrer, por não fazer mais sentido.

Por meio deste procedimento, é possível alcançar provimento judicial com efeitos equivalentes à declaração de vontade do sujeito passivo, e por consequência atribuir ao preferente o bem objeto da prelação. Esta interpretação, que vai ao encontro da tendência que privilegia a execução específica em detrimento da reparação pecuniária, encontra correspondência no artigo 466-A do Código de Processo Civil, pelo qual "[c]ondenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida", e no artigo 466-B do mesmo diploma legal, pelo qual, se a parte obrigada a concluir um contrato não cumprir a sua obrigação, pode a outra obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Com o deferimento da ação de preferência, a decisão judicial produz os efeitos da declaração de vontade não emitida pelo sujeito passivo, possibilitando, assim, a contratação

---

[379] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 175. Diversamente pensa Álvaro Villaça Azevedo, para quem, como o exercício da preferência, via intimação, não modifica a natureza do direito pessoal do preferente, não se inibe o sujeito passivo de vender o bem a terceiro. Haveria, entretanto, agravamento da responsabilidade do sujeito passivo perante o preferente ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 305).

[380] *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*, cit., pp. 236-237.

[381] Nesse sentido: ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*, cit., pp. 129-130. O autor refere-se à preferência convencional inserida em acordos de acionistas.

forçada entre ele e preferente, e a consequente transferência do bem a este último. Este parece ser o modo mais simples de entender a ação de preferência, na esteira do entendimento de parte da doutrina. Para AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, por exemplo:

> "A acção de preferência, enquanto faculdade de requerer a execução específica de um dever de contratar, pode ser usada por qualquer preferente, independentemente da eficácia reconhecida ao seu direito, enquanto essa execução específica ainda for possível. Isto é, se o direito de prelação tem eficácia absoluta, a alienação a terceiro da coisa sujeita a preferência não impedirá a execução específica do dever de contratar, porque o direito do preferente prevalecerá sobre os direitos adquiridos por esse terceiro; se, pelo contrário, o direito de preferência tem mera eficácia relativa, a execução específica só será viável enquanto a propriedade não for transmitida a terceiro, pois o direito real do terceiro adquirente passará a prevalecer sobre o direito relativo de prelação. [...] [V]isando a acção de preferência permitir ao preferente haver para si a coisa sujeita à prelação alienada a terceiro, obtendo pela via judicial a prestação a que o sujeito estava obrigado, parece que aquela mais não é do que uma simples execução específica do dever de contratar que recai sobre o sujeito passivo, estabelecida em benefício do preferente"[382].

JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, apesar de não concordar integralmente com a posição que ora se adota, também visualiza na ação de preferência a execução específica do direito homônimo. Em suas palavras:

> "Na acção de preferência, não se trata apenas de destruir o projecto de contrato ou o contrato que o obrigado haja concertado com outrem [...], nem se trata de conceder apenas ao lesado a indemnização a que tenha jus. [...] O tribunal não se limita, por conseguinte, [...] a condenar o obrigado a não alienar a coisa a terceiro, uma vez que o titular da preferência a quereria tanto por tanto; efectua ou sanciona a alienação, mediante uma verdadeira execução específica da prestação positiva a que o inadimplente se encontrava vinculado" [383].

Constatado, assim, que diversamente do que pensa parte da doutrina e jurisprudência, a ação de preferência é simplesmente o meio adequado para o sujeito ativo exigir o cumprimento específico de seu direito, de modo que é um mecanismo à disposição de titulares de direito de prelação com ou sem eficácia real, cumpre, ainda, esclarecer o segundo ponto de discordância dessa mesma corrente, no sentido de que a ação de preferência, se procedente, implicaria uma mutação subjetiva no contrato celebrado entre o sujeito passivo alienante e o terceiro adquirente, substituindo-se este último pelo preferente.

---

[382] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 638-639 e p. 627.
[383] *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., pp. 394-395.

Isto porque a violação ao direito de preferência não concede a seu titular, quando a preferência é dotada de eficácia real, um novo direito, de substituir-se ao terceiro no contrato celebrado com o sujeito passivo, não havendo, ao que tudo indica, embasamento legal para esta possibilidade. A eficácia real do direito de contratar com o sujeito passivo, quando presente, nasce no momento em que o preferente declara que quer preferir (ou que ingressa com a ação de preferência), e não no momento em que há alienação indevida do bem ao terceiro. Não é possível, assim, "ligar à alienação a terceiro qualquer alteração qualitativa ou quantitativa do direito de preferir, mas apenas, e no limite, a possibilidade de o titular lesado desencadear um conjunto de medidas coercitivas"[384].

A aceitação da ideia de que a procedência da ação prelatícia resultaria na mutação subjetiva do contrato celebrado em violação à preferência levaria a consequências incoerentes. Basta imaginar, por exemplo, que o contrato entre sujeito passivo e terceiro tenha previsto um direito de resolução em favor do alienante em caso de exercício da preferência, ou pior, sujeitando a alienação à condição resolutiva do exercício da preferência. Além disso, no momento do ajuizamento da ação de preferência, já tendo havido alienação indevida a terceiro, o contrato de compra e venda celebrado com a preterição do preferente já está completo e acabado, não fazendo sentido que possa o preferente assumir a posição contratual do terceiro adquirente em um contrato já findo[385].

O direito de preferência, ao que parece, sempre opera da mesma forma. A diferença é que, às vezes, o cumprimento da obrigação do sujeito passivo – contratar com o preferente – será voluntário, e outras vezes, coercitivo. Quando a eficácia do direito for obrigacional, esse exercício coercitivo estará limitado ao período anterior à alienação a terceiro. Quando, entretanto, a preferência é dotada de eficácia real, a execução específica do direito será levada adiante mesmo quando já tenha havido referida alienação. Neste caso, o contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro será *ineficaz* perante o preferente[386] e, por conta do exercício da prelação, perderá seu objeto. Nas palavras de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, "[e]sta

[384] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 615.
[385] Cf. GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 677-678. Além disso, conforme referido no Capítulo II, item 1, *supra*, se o exercício da preferência, diante da alienação indevida a terceiro, implicasse sub-rogação do preferente na posição jurídica do terceiro adquirente, sempre que o projeto de contrato ajustado entre este último e sujeito passivo estivesse maculado por qualquer invalidade, o direito de preferência não teria lugar. E, como visto, não é qualquer invalidade do projeto de contrato ajustado entre sujeito passivo e terceiro que inviabiliza a preferência.
[386] Cf. MARCELINO, Américo Joaquim. *Da preferência*, cit., pp. 60-61. No mesmo sentido, ao tratar da preferência no âmbito do arrendamento rural: "a venda feita com infração do art. 92, § 4º, do ET [Estatuto da Terra] constitui ato ilícito, com duplo efeito, como vimos. Mas essa venda, feita nessas condições, é nula ou anulável? A venda feita ao estranho é válida, mas *ineficaz* em relação ao arrendatário, desde que este exerça o direito de preempção no prazo de seis meses" (OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*, cit., p. 279. Grifou-se).

eficácia reforçada de que o direito de preferência possa gozar não afecta a sua natureza e a sua estrutura". Em qualquer caso, trata-se de um direito potestativo cujo pressuposto de constituição é sempre uma decisão do sujeito passivo em celebrar certo contrato, com determinado terceiro, em certas condições, "e cujo exercício desencadeia um dever de contratar com o preferente nas mesmas condições, independentemente da eficácia externa do direito". Ademais, sendo o contrato concluído entre sujeito passivo e terceiro "ineficaz em relação ao preferente, dele não poderão resultar deveres para o mesmo"[387].

De maneira semelhante já se manifestou o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro CEZAR PELUSO, em acórdão que versava sobre direito de preferência do arrendatário rural. Na visão do Ministro, o negócio jurídico realizado em violação à preferência deve ser considerado ineficaz em relação ao preferente: "o direito de preferência torna ineficaz a alienação que o viole"[388].

De fato, os dispositivos legais que, de alguma maneira, remetem à ação de preferência, não preveem a tomada da posição contratual do terceiro adquirente pelo preferente. O artigo 504 do Código Civil, por exemplo, autoriza o condômino preterido em seu direito de prelação a "haver para si a coisa alienada", e não a se colocar na posição contratual do terceiro. De maneira semelhante, o artigo 33 da Lei de Locações confere ao locatário o poder de "haver para si o imóvel locado", e não o contrato celebrado entre locador e adquirente.

Se o sujeito passivo comunicou a potencial alienação, recebeu a declaração positiva do preferente, mas decidiu alienar o bem a terceiro, a transferência da propriedade ocorreu num momento em que já estava constituído o dever de contratar com o preferente, de modo que esse direito será executado especificamente com a ação de preferência. Oponível perante terceiros, esse direito à execução específica prevalecerá sobre o direito de propriedade adquirido pelo terceiro. Já se o sujeito passivo simplesmente aliena o bem a terceiro sem comunicar o preferente, o direito potestativo deste último se constituiu, mas não ainda o direito de crédito à celebração do contrato. O que houve, então, foi a violação do dever de respeitar a integridade do direito potestativo do preferente. Com a ação de preferência, o preferente fará seu direito prevalecer ao direito do terceiro, declarando, ainda que de modo tácito, que quer preferir.

Em ambas as situações, como o direito potestativo de preferência já nasce oponível perante de terceiros, ele sempre será anterior à constituição do direito de propriedade do

[387] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 614-615 e p. 657.
[388] TAC2/SP, 5ª CC, AC 182.044-2, Rel. Juiz. Cezar Peluso, j. 12.06.1985, v.m.. Disponível em: (i) *Revista dos tribunais*. V. 600. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1985, p. 154; e (ii) Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., pp. 133-137.

terceiro adquirente, sendo esta uma das razões da prevalência do primeiro sobre o segundo, ao lado de questões de política legislativa. Como leciona AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, o direito do preferente dotado de eficácia em relação a terceiros, "com a sua virtualidade de permitir ao preferente a aquisição da coisa em certas condições, é, assim, anterior à alienação a favor do terceiro, sendo essa a razão pela qual prevalece sobre o direito adquirido pelo terceiro"[389].

Assim, a finalidade da ação de preferência, quando há eficácia real, é fazer prevalecer o direito do sujeito ativo sobre o do terceiro adquirente. Não se trata, pois, de sub-rogação na posição jurídica do terceiro adquirente. Por meio desta ação, a pretensão do preferente é executar especificamente seu direito em face do sujeito passivo, mesmo tendo havido a indevida alienação, que será inoponível ao primeiro. Não importa ao preferente a sorte do negócio celebrado entre sujeito passivo e terceiro, embora venha ele a se inviabilizar com o sucesso da ação de preferência[390].

De certo modo, causa estranheza constatar que o direito de crédito do preferente prevalecerá sobre o direito real de propriedade do terceiro, quando o primeiro, temporalmente anterior, goza de eficácia real. Por esta razão, parte da doutrina e jurisprudência entende que o direito de preferência com eficácia real é, na verdade, um direito real[391], como ressaltado no primeiro Capítulo deste trabalho. Esta constatação, aliás, levou ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO a visualizar na ação de preferência um procedimento com características inteiramente diferentes do ora descrito. Em sua opinião, sendo a prelação com eficácia real um verdadeiro direito real, ela seria dotada de direito de sequela. Assim, a ação de preferência seria espécie de ação real[392], devendo ser proposta não em face do sujeito passivo da relação prelatícia, mas sim do possuidor do bem indevidamente alienado. O depósito do preço, a seu ver, não teria por função remunerar o sujeito passivo faltoso, mas sim evitar o enriquecimento sem causa do

---

[389] *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 620-621.

[390] É possível depreender essa linha de raciocínio de precedente do Superior Tribunal de Justiça, que versava sobre direito de preferência referente a contrato de arrendamento rural. No caso concreto, a ação fora ajuizada em face dos alienantes e dos terceiros adquirentes. O tribunal julgou procedente a ação, permitindo ao arrendatário exercer sua preferência e, com isso, haver para si o imóvel rural indevidamente alienado. Aos terceiros adquirentes ressalvou-se a possibilidade de ajuizar ação regressiva em face dos alienantes (STJ, 4ª T., REsp 263.774, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.08.2006, v.u., DJ 05.02.2007, p. 237).

[391] Nesse sentido, dentre outros: (i) LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 243; (ii) CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 498; e (iii) MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos reais segundo as prelecções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71*. Coimbra: Almedina, 1971, p. 138. Para mais exemplos de autores que veem na preferência com eficácia real um verdadeiro direito real e aprofundamento sobre o tema, cfr. Capítulo I, item 6.1, *supra*.

[392] Como bem apontado por José Pinto Loureiro, "[p]ara os defensores da natureza real do direito de preferência, a acção dirigida ao seu exercício não podia deixar de considerar-se uma acção real" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 2, cit., p. 261).

preferente[393].

Como ressaltado (Cap. I, item 6.1, *supra*), todavia, mesmo a preferência com eficácia real não é, a rigor, um direito real. O direito do preferente não recai diretamente sobre a coisa objeto da prelação. O que há é simplesmente a execução específica de um direito de crédito à celebração do contrato projetado, que tem a especificidade de ser oponível perante o terceiro adquirente do bem. Como explica HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a ineficácia relativa – que, no caso, representa a inoponibilidade perante o preferente do contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro – pode ter várias razões de ser. "Pode, por exemplo, decorrer da própria estrutura do negócio jurídico (termo, condição, etc.) e pode, também, ser sanção imposta pela lei para proteger interesses de estranhos à relação obrigacional (fraude contra credores, *alienação com desrespeito ao direito de preferência*, etc.)"[394].

De fato, a ineficácia relativa de uma alienação não é exclusiva da relação de preferência com eficácia real. Além dos exemplos trazidos pelo autor, basta lembrar, no âmbito do procedimento falimentar, dos atos praticados pouco antes da falência, que serão considerados ineficazes perante a massa falida, nos termos do artigo 129 da Lei nº 11.101/2005. Este artigo dispõe, por exemplo, que "[s]ão ineficazes perante a massa falida [...] os registros de direitos reais e transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior"[395].

---

[393] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., pp. 498-499. O autor traz duras críticas à corrente doutrinária, ora defendida, que visualiza na ação de preferência uma espécie de execução específica da obrigação de contratar: "é um erro de perspectiva ver, na ação de preferência, uma reação a um incumprimento da obrigação de preferência, por parte do obrigado. Trata-se de uma miragem derivada de um pacto de preferência quando, na verdade, se vão discutir, em tribunal, situações absolutas. Na preferência real, o preferente adquire potestativamente a coisa e vai reclamá-la a quem for o seu possuidor. As vicissitudes anteriores são-lhe indiferentes ou não estaríamos já perante uma verdadeira eficácia real" (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., pp. 515-516). Também para Álvaro Villaça Azevedo, quando o direito de preferência assume a natureza de direito real (seria o caso, a seu ver, do direito de preferência do locatário, desde que preenchidos os pressupostos do artigo 33, *caput*, da Lei de Locações), o preferente poderia haver para si o bem indevidamente alienado mediante o ajuizamento de "ação real reipersecutória" ("Das várias espécies de contrato", cit., p. 309). No mesmo sentido, TAC2/SP, 3ª CC, AC 175.826-6, Rel. Juiz Gastão Santos, j. 12.02.1985, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 121. Para Pontes de Miranda, após a violação da preferência, com a alienação indevida a terceiro, a ação terá natureza real (*Tratado de direito Privado*. T. XXXIX, cit., p. 295). Ainda, embora em alguns precedentes o Superior Tribunal de Justiça afirme que certos direitos de preferência possuem eficácia real, em outros parecem aludir a um verdadeiro direito real (STJ, 5ª T., REsp 247.245, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 08.08.2000, v.u., DJ 11.09.2000, p. 278).

[394] "Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão". In: *Revista dos tribunais*. V. 780. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2000, pp. 16-17. Grifou-se.

[395] Explica Fábio Ulhoa Coelho, em comentário a este dispositivo, que "os atos considerados ineficazes pela Lei de Falências não produzem qualquer efeito jurídico perante a massa. Não são atos nulos ou anuláveis, ressalte-se, mas ineficazes. Quer dizer, sua validade não se compromete pela lei falimentar; [...] produzem, amplamente, todos os efeitos para os quais estavam preordenados em relação aos demais sujeitos de direito" (*Comentários à*

Nas palavras de MANUEL HENRIQUE MESQUITA, embora o exercício coercitivo da preferência proporcione ao preferente a aquisição da coisa, "não incide directamente sobre esta e, por isso, não pode atribuir-se-lhe natureza real". Trata-se, a seu ver, "de um direito que incide sobre um contrato e que, bem vistas as coisas, tem por finalidade conseguir, à custa de um terceiro, em relação ao qual o direito de opção é eficaz, a execução específica da prestação, que o vinculado à preferência não cumpriu". Direito este de, "em igualdade de condições (tanto por tanto), realizar o negócio com o preferente interessado em fazer valer o seu direito"[396]. O autor cita, ainda, a lição de MARCO COMPORTI, para quem o direito de preferência não reveste natureza real, conferindo ao respectivo titular o poder de exprimir, em situação de prioridade, uma vontade negocial. A possibilidade de fazer valer judicialmente o direito contra terceiros mais não seria, segundo este último autor, do que uma "tutela reforçada da posição do sujeito activo da preferência, estabelecida pelo ordenamento jurídico"[397].

Na mesma linha, explica JOSÉ PINTO LOUREIRO que, não ostentando o direito de preferência natureza de direito real, "não se trata, na acção de preferência, de adjudicar o domínio sobre a coisa, mas tão somente de corrigir a irregularidade havida no incumprimento de uma obrigação". E prossegue: "se pode-se dizer que quem pede a declaração judicial de seu direito de preferência [...] implícita ou explicitamente pede a entrega da mesma coisa, êste segundo pedido não passará todavia de uma consequência do primeiro, que será o pedido principal, sendo aquêle um pedido acessório"[398]. No mesmo sentido, ainda, precedente do Superior Tribunal de Justiça, referido no Cap. I, item 6.1, *supra*: o sujeito ativo, quando ajuíza a ação de preferência para, em igualdade de condições, haver para si o bem indevidamente alienado, "vale-se de ação pessoal, ainda que o objeto afinal prestado seja o imóvel [bem objeto do contrato preferível], por isso que a prestação imediata é o reconhecimento do direito e, só mediatamente, a adjudicação do imóvel"[399].

Para AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, o direito do preferente "é o mesmo: é um direito ao contrato projectado, e só mediatamente, já na veste de sujeito ou parte desse contrato, é que [o preferente] adquire a posição real sobre a coisa alienada". Daí porque a ação de preferência

---

nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 343).

[396] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 228. Registre-se, apenas, que este autor é favorável à tese da mutação subjetiva do contrato.

[397] *Contributo allo studio del diritto reale*. Milão: Giuffrè, 1977, p. 396.

[398] *Manual dos direitos de preferência*. V. 2, cit., p. 262. Para o autor, entretanto, diferentemente do que ora se sustenta, o deferimento da ação de preferência resulta na substituição do terceiro adquirente pelo preferente, no contrato celebrado entre o primeiro e o sujeito passivo.

[399] STJ, 3ª T., REsp 8.018, Rel. Min. Dias Trindade, j. 13.05.1991, v.u., DJ 10.06.1991, p. 7.847.

depende do pagamento do preço pelo sujeito ativo, mediante depósito, e porque o direito de preferência, quando violado, não pode ser exercido diante de qualquer forma de alienação, mas somente diante da celebração de um dos tipos contratuais sobre o qual recaía a preferência[400].

3.2.3.2 Pressupostos do recurso à ação de preferência

A ação de preferência visa a conferir poder coercitivo aos direitos do sujeito ativo inerentes à relação prelatícia, sejam eles quais forem. Assim, o recurso a ela será legítimo (i) quando o sujeito passivo simplesmente não tenha procedido à *denuntiatio*, (ii) quando, a tendo realizado, não tenha aguardado a resposta do preferente e alienado indevidamente o bem a terceiro, ou (iii) quando, feita a *denuntiatio* e recebida a declaração positiva do preferente, mesmo assim o sujeito passivo decide com ele não contratar, alienando, ou não, o bem a terceiro. A contratação com o terceiro, em violação à prelação, como visto, não é pressuposto da ação de preferência. Seu pressuposto é, tão somente, o descumprimento dos deveres emergentes da relação prelatícia[401].

3.2.3.3 Os ônus que recaem sobre o preferente

Os principais ônus que recaem sobre o titular da prelação – ônus, e não deveres, já que a não adoção desses comportamentos não resulta em qualquer responsabilização do preferente, mas apenas na perda de seu direito –, para que a ação de preferência possa vir a ser julgada procedente, são o seu ajuizamento dentro do prazo decadencial previsto para tal, e o depósito do preço[402].

---

[400] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 623.
[401] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 630 e p. 634.
[402] No julgamento de Agravo de Instrumento que versava sobre a alienação indireta de controle de companhia em que havia previsão estatutária de direito de preferência, entenderam os julgadores que o pedido liminar para a suspensão dos efeitos do contrato de alienação de participação societária a terceiro, em suposta violação à preferência dos demais acionistas, não merecia acolhimento, tendo em vista a ausência do depósito do preço, considerado um dos requisitos para o exercício coercitivo da prelação (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 0217635-30.2011.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.). Já se afirmou, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que "[a] prova do depósito do preço [...] é condição de procedibilidade

Quando o titular da preferência vale-se da ação homônima antes da alienação indevida do bem pelo sujeito passivo, não há, ainda, a rigor, prazo decadencial fluindo. Quando, por outro lado, tenha havido alienação indevida do bem a terceiro, a ação de preferência, que neste caso só será cabível quando o direito for dotado de eficácia real, deverá ser proposta dentro do prazo decadencial previsto para o seu ajuizamento, que variará a depender do tipo de direito de preferência de que se trate. Assim, por exemplo, o condômino preterido em seu direito terá 180 dias, a contar da alienação a estranho, para, depositando preço, haver para si a parte indevidamente alienada, nos termos do artigo 504, *caput*, do Código Civil. O locatário, por sua vez, terá seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, para, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, conforme dispõe o artigo 33, *caput*, da Lei de Locações. Quando o legislador não tiver estipulado prazo para ajuizamento da ação prelatícia, será possível aplicar, analogicamente, os prazos antes referidos. MARCO AURÉLIO S. VIANA, *v.g.*, ao tratar da preferência no âmbito do direito de superfície, afirma que, na falta de previsão legal, deve-se aplicar analogicamente o artigo 504 do Código Civil[403].

O prazo decadencial para ajuizamento da ação de preferência, que garante o exercício coercitivo da prelação pelo titular do direito violado, é autônomo em relação ao prazo prescricional da pretensão do preferente para, se quiser, pleitear as perdas e danos que entender devidas por ocasião da ofensa a seu direito. Neste caso, deverá ser respeitado o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, segundo o qual prescreve em três anos a pretensão de reparação civil (cf. item 2, *supra*, deste Capítulo).

Não é razoável que se exija, para iniciar o decurso do prazo decadencial, o conhecimento, pelo preferente, de todos os termos do contrato concluído entre sujeito passivo e terceiro. Assim, diversamente do prazo decadencial para exercer voluntariamente a preferência – que somente principia quando o sujeito passivo comunica o preferente que seu direito se constituiu, informando-lhe todas as condições do projeto de negócio –, para que o prazo para ajuizamento da ação prelatícia comece a correr, basta que o titular do direito tome

---

da ação. […] Sua ausência na própria inicial já é motivo para seu indeferimento de plano. A exigência legal deve-se à necessidade de demonstração da disponibilidade do valor para efetivação da adjudicação do bem" (STJ, 3ª T., REsp 824.023, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18.05.2010, v.u., DJ 18.06.2010). Em outro precedente, asseverou-se que "[a] exigência de depósito do preço [...] não se confunde com uma das condições da ação: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. A ausência de tal requisito importa na extinção do feito com a resolução do mérito" (STJ, 5ª T., REsp 886.583, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.02.2010, v.u., DJ 26.04.2010). Para Mário Júlio de Almeida Costa, "o depósito do preço constitui um pressuposto da apreciação do pedido formulado na acção de preferência" (*O depósito do preço na acção de preferência*, cit., p. 13).

[403] "Dos direitos reais", cit., p. 619.

conhecimento de que houve alienação, e "o sacrifício econômico global suportado pelo terceiro na aquisição"[404]. Se o preferente tivesse que conhecer todas as cláusulas do contrato, poderia vir a manipular o prazo decadencial. Por outro lado, como lembra HELDER MARTINS LEITÃO, parece claro que o preferente deve ter tomado conhecimento do preço real pago pelo adquirente, e não de eventual preço simulado[405].

No que tange ao depósito do preço, ele se justifica pela ideia de garantir, na medida do possível, a utilidade real da ação de preferência, "pondo o alienante a coberto do risco de perder o contrato com o adquirente e não vir a celebrá-lo com o preferente"[406], seja por este se desinteressar da sua realização, seja por não ter os meios necessários para a aquisição.

A despeito de posições em contrário – segundo as quais, ao visualizar na ação de preferência uma forma de o titular da prelação substituir-se ao terceiro no contrato, o depósito serviria para ressarcir o terceiro adquirente, tendo em vista a vedação ao enriquecimento sem causa[407] –, o preço depositado pelo preferente parece equivaler à prestação por ele devida ao sujeito passivo, na medida em que a ação de preferência tem por objetivo a execução específica do contrato projetado. O sujeito passivo, por óbvio, poderá ser acionado pelo terceiro adquirente para que devolva os valores recebidos, somados às perdas e danos porventura existentes[408].

Questão controvertida diz respeito ao montante que deve ser depositado pelo preferente. Por um lado, é possível supor que o depósito deve equivaler à integralidade do valor gasto pelo terceiro com a aquisição do bem, incluindo, por exemplo, o valor despendido com corretagem. De outro lado, também é razoável imaginar que o preferente só estará obrigado a depositar montante equivalente ao valor efetivamente recebido pelo sujeito passivo com a transação.

Dado que o depósito reverterá para o sujeito passivo, equivalendo à prestação devida pelo preferente pela aquisição do bem, a segunda opção parece ser a que mais se ajusta ao instituto da preferência. A bem da verdade, a primeira opção faria mais sentido se o depósito fosse revertido ao terceiro adquirente, e não ao sujeito passivo. Por outras palavras, o sacrifício econômico a cargo do preferente mede-se não pelo sacrifício suportado pelo terceiro

---

[404] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 649.
[405] *Da acção de preferência*, cit., p. 64.
[406] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 652.
[407] Para José Pinto Loureiro, *v.g.*, "as obrigações do preferente [aí incluído o pagamento do preço] existem para com o adquirente, e as dêste para com o alheador" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 2, cit., p. 273).
[408] GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 654.

adquirente, mas pelo benefício econômico resultante para o sujeito passivo[409]. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em ação que versava sobre direito de preferência do arrendatário rural: "[...] [n]a venda de imóvel vinculado ao instituto jurídico da preempção, o preço a ser depositado pelo comprador, quando afrontado, corresponderá ao valor do bem conforme a oferta"[410].

HELDER MARTINS LEITÃO, sem esclarecer qual seria o seu posicionamento, cita doutrina segundo a qual o valor depositado deveria equivaler ao custo, isto é, não apenas o preço efetivamente pago, "mas também o respectivo ónus tributário e as despesas de escritura"[411].

Não obstante pareça ser mais razoável que o depósito deva equivaler apenas à prestação devida pelo preferente a título de pagamento do preço, a Lei de Locações, em seu citado artigo 33, *caput*, determina que não só o preço, mas também as demais despesas do ato de transferência, devem ser depositadas.

Outra questão, também relacionada ao valor do depósito, se coloca quando o pagamento do preço, acordado entre sujeito passivo e terceiro, é diferido, e, no momento do ajuizamento da ação, não houve, ainda, pagamento integral. Diante desta situação, entende WALTER CRUZ SWENSSON, ao tratar do direito de preferência do locatário, que, ainda que o preço não tenha sido integralmente pago pelo terceiro, o depósito deve equivaler ao valor total, tendo em vista que uma de suas funções é justamente assegurar ao sujeito passivo que o

---

[409] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 244; MARCELINO, Américo Joaquim. *Da preferência*, cit., p. 59; e GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 656.

[410] STJ, 3ª T., REsp 2.223, Rel. Min. Gueiros Leite, j. 14.08.1990. v.m., DJ 01.10.1990, p. 10.444. No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: (i) "O preço que deve ser depositado, para o exercício do direito de preferência, [...] é aquela importância, em dinheiro, que, efetivamente, o adquirente pagou ao vendedor, para haver a coisa, excluídas as despesas de transmissão e cartoriais. É necessário distinguir-se o preço da coisa e o custo do contrato. Aquele é o que o adquirente pagou ao vendedor pelo bem; este, aquilo que desembolsou para formalizar o negócio. Não se confundem e, por isso, não se somam. [...] Ao adquirir coisa que não poderia adquirir, o comprador despendeu inutilmente com contrato e com tributo" (TJ/MG, 1ª CC, AC 67.078, Rel. Des. Lúcio Urbano, j. 16.04.1985, v.u.); e (ii) TAC/MG, 3ª CC, AC 23.564, Rel. Juiz Francisco Figueiredo, j. 30.04.1985, v.u.. Referidos por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 108. Partilha do mesmo entendimento Marcos Afonso Borges, para quem, ao tratar de direito de preferência no âmbito do arrendamento rural, "[o] Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.64) em seu art. 92, § 3º, é claro ao dispor que o arrendatário poderá exercitar o seu direito de preferência 'depositando o preço', isto é, o preço da venda [...], aquilo que se paga para a aquisição de alguma coisa, o valor pelo qual o bem é adquirido. As demais despesas realizadas que podem estar afetas ora ao comprador ora ao vendedor não estão incluídas na concepção agrarista do preço dada pela lei" ("Arrendamento rural - direito de preferência do arrendatário na aquisição do imóvel - ação própria". In: *Revista de Processo*. V. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1990, p. 177). Ainda no mesmo sentido: CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., p. 519. Em sentido contrário: (i) BITTENCOURT, Mario Diney Correa. "Preferência do condômino para aquisição do imóvel: aplicação do art. 1.139 do Código Civil", cit., p. 66; e (ii) TAC1/SP, 2ª CC, AC 45.706, Rel. Juiz Marcos Nogueira Garcez, j. 30.04.1962, v.u.. In: *Revista dos tribunais*. V. 333. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1962, pp. 337-339.

[411] *Da acção de preferência*, cit., p. 65.

preferente tem condições de adquirir o bem. Em suas palavras: "[s]e fosse permitido ao inquilino depositar apenas as parcelas já pagas pelo comprador, de que forma ficaria o locador garantido em relação às parcelas vincendas?"[412].

Por último, cumpre definir o valor que o preferente deverá depositar, ao ajuizar a ação prelatícia, caso alegue simulação do negócio jurídico celebrado entre sujeito passivo e terceiro, tendo em vista fraudar a preferência. Como, nesses casos, é provável que o preço real tenha sido inferior ao preço simulado, resta a dúvida sobre qual desses valores deverá ser depositado. Para AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, diante desta situação, o preferente até poderá depositar o valor que entender ter sido o real. Entretanto, se a simulação não restar comprovada, ele terá perdido seu direito de preferência, por insuficiência do depósito[413].

Para HELDER MARTINS LEITÃO, por outro lado, "não repugnará impor ao preferente o ónus de exercer, imediatamente, o seu direito sobre o preço aparente, com a possibilidade de o perder por caducidade, ressalvada a expectativa de poder recuperar mais tarde o excesso sobre o preço real que o tribunal venha a apurar". Por outras palavras, a seu ver, o preferente seria obrigado a depositar o preço aparente, e só depois fazer declarar que houve a simulação, exigindo do sujeito passivo a devolução do que tenha recebido indevidamente: "o preferente não pode, a título de não ser verdadeiro o preço indicado no requerimento de notificação ou qualquer cláusula do contrato projectado, exercer o seu direito pagando ou depositando o preço que tenha como real". Tudo quanto lhe resta é fazer "declarar depois, pelos meios ordinários, a simulação e obter a sentença que lhe permita exigir do notificante o que, indevidamente, tenha recebido além do preço real" [414].

3.2.3.4 Efeitos da procedência da ação de preferência

Consistindo a ação de preferência no meio adequado para o titular da prelação buscar a execução específica de seu direito, o efeito típico da ação, quando procedente, equivale à constituição de um novo contrato[415], entre sujeito passivo e preferente, com conteúdo

---

[412] "Preferência do inquilino para a aquisição do imóvel locado – natureza do direito instituído pela lei do inquilinato", cit., p. 87. No mesmo sentido: GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 663.
[413] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 664.
[414] *Da acção de preferência*, cit., pp. 34-35.
[415] BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. 4, cit., p. 262; AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato", cit., p. 311 (cf. Cap. II, item 1, *supra*).

objetivamente idêntico ao anteriormente celebrado entre sujeito passivo e terceiro. Não há, como visto, mutação subjetiva do contrato celebrado em violação à preferência, numa espécie de cessão da posição contratual forçada.

É preciso, entretanto, não confundir o efeito da procedência da ação de preferência sobre o contrato celebrado entre o sujeito passivo alienante e o terceiro adquirente – ineficácia perante o preferente –, com a suposta invalidade deste instrumento contratual. Isto porque, ausentes vícios que resultem em nulidade ou anulabilidade do contrato, não há razão para declará-lo inválido, mas tão somente inoponível perante o titular do direito de prelação. É certo que, na prática, o contrato celebrado em violação à preferência terá, com a procedência da ação, perdido o seu objeto, mas isso não significa que tenha ele sido, em algum momento, inválido.

Ao tratar do pacto de preferência para a aquisição de ações inserido em acordo de acionistas, a esta conclusão chegou ARNOLDO WALD. Para ele, a nulidade ou a anulabilidade da alienação realizada a terceiros não se justificam, "pois ambas pressupõem sempre a existência de um ato jurídico que não tenha atendido às normas legais vigentes, sendo ou podendo ser privado de eficácia para o direito, em virtude da infração ao disposto na lei". Mais adiante, continua: "a chamada ilicitude relativa ou contratual, na qual uma das partes infringiu cláusula de natureza estatutária ou contratual, mas sem conteúdo legal, não pode ensejar a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, por completa falta de disposições legais neste sentido"[416].

Em sentido semelhante a lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, ao tratar de direito de preferência convencional inserido em pacto social: "um negócio de cessão de cota efetuado em desacordo com uma cláusula de preferência, estipulada em contrato social, não é inválido; não é nulo nem anulável. Ele é simplesmente ineficaz em relação à sociedade". Por essa razão, "os demais sócios não precisam pedir em juízo a desconstituição do que não lhes atinge, de forma alguma". Seria cabível, apenas, ação "declaratória de ineficácia do ato"[417].

AGOSTINHO ALVIM, ao tratar do direito de preferência do locatário, reitera que "quanto à nulidade da venda [realizada em desrespeito à preferência], seria indispensável que o caso se

[416] "A violação do direito de preferência para aquisição de ações". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1983, pp. 150-151.

[417] "Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual", cit., p. 148. No mesmo sentido: "[...] a inobservância do direito de preferência [previsto em contrato social de sociedade limitada] gera, tão somente, a ineficácia em relação ao sócio preterido e não a anulação, como pretendido pelo autor" (TJ/RS, 5ª CC, AC 70015808389, Rel. Des. Léo Lima, j. 22.11.2006, v.u.). E, ainda, em precedente que versava sobre direito de preferência dos condôminos: "[d]ireito de preferência na aquisição de imóveis em condomínio. [...] Declaração de ineficácia da promessa de compra e venda em face dos condôminos" (TJ/RJ, 11ª CC, AC 0008826-58.2006.8.19.0209 (2008.001.52838), Rel. Des. Mauro Martins, j. 19.11.2008, v.u.).

enquadrasse no art. 145 [atual 166 do Código Civil de 2002], num dos ns. I a IV, ou que a sanção de nulidade fosse explícita como exige o n. V do mesmo artigo"[418].

Há, ainda, outras razões que desautorizam o entendimento de que a ação de preferência traria como resultado a anulação do contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro. De fato, para a vertente teórica que visualiza, com a procedência da ação de preferência, um direito do preferente de substituir-se ao terceiro no contrato celebrado entre este último e o sujeito passivo, a invalidação do contrato seria contraproducente, uma vez que o preferente, diante da anulação do contrato, não teria como assumir a posição do terceiro adquirente. Nesse sentido a lição de JOSÉ PINTO LOUREIRO: "[d]o exercício coercitivo da preferência resulta [...] não a nulidade do contrato, cuja declaração seria contraproducente para o autor da acção, mas a substituição do preferente ao adquirente, com inteira subsistência do contrato em tudo o mais"[419].

De maneira semelhante já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, muito embora se utilizando de outros fundamentos, no âmbito do julgamento de Recurso Especial que versava sobre o direito de preferência do locatário. No caso, o locatário, preterido em seu direito de prelação, recorreu ao Poder Judiciário para requerer a decretação de nulidade do contrato de alienação de imóvel sujeito à preferência, havendo-o para si. Na visão do tribunal, "o resultado final da ação anulatória de compra e venda [...], em caso de eventual êxito, não conduz, diretamente, a qualquer efeito prático para o locatário do imóvel". Isto porque "o desfazimento da venda, se ocorresse, apenas restituiria a situação dominial ao *status quo ante*, sem necessariamente positivar o direito de preferência do inquilino, que dependeria de uma nova intenção de venda"[420]. Vê-se, daí, que, para o Superior Tribunal de Justiça, a invalidação

---

[418] "Imóvel locado: preferência do locatário para sua aquisição", cit., p. 11. Para Carlyle Popp, também ao tratar do direito de preferência do locatário, "o fato do locatário ter sido preterido em seu direito de preferência não torna o negócio nulo ou anulável, mas submete o comprador à possibilidade de perder a coisa em face da adjudicação do locatário" ("Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor", cit., p. 30). Carlos Antônio de Araújo, por sua vez, ao tratar do direito de preferência do condômino, assevera que o contrato celebrado em desrespeito à preferência não será nulo, podendo, assim, ser registrado, mas a propriedade do adquirente será resolúvel ("Condomínio indivisível. Direito de preferência. Escritura pública de compra e venda. Condômino preterido. Validade do negócio jurídico". In: *Repertório de jurisprudência IOB*: civil, processual, penal e comercial. V. 3, dez. 2008, pp. 698-699). Diversamente pensa João Leães Sobrinho, para quem, ao tratar da preferência do arrendatário rural, o contrato celebrado em desrespeito à preferência poderia ser invalidado pelo preferente preterido ("Venda de imóvel rural. Fazenda dividida em glebas distintas, arrendadas a pessoas diversas. Venda do todo a terceiro. Notificações prévias aos arrendatários com teor e datas diferentes. Ineficácia. Se a eles é dado exercer o direito de preferência apenas sobre a parte arrendada", cit., p. 48).

[419] *Manual dos direitos de preferência*. V. 2, cit., pp. 271. Em sentido semelhante, referindo-se à preferência no âmbito do arrendamento rural: "a venda, com infração do art. 92, § 4º [do Estatuto da Terra] não é nula nem anulável, porque o arrendatário, [...] se pleiteasse a nulidade da venda, em nada lhe aproveitaria, porque o imóvel voltaria à situação anterior à venda, isto é, passaria novamente à propriedade do arrendador" (OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*, cit., p. 279).

[420] STJ, 4ª T., REsp 300.227, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.02.2007, v.u., DJ 26.03.2007, p. 243. Em sentido semelhante: "[j]amais poderá o autor de ação ordinária de anulação de escritura de compra e venda

do contrato levaria ao retorno do *status quo ante*. Não se levou em consideração que, já tendo sido constituído o direito potestativo de preferência, ele deveria manter-se íntegro ainda que o contrato celebrado entre sujeito passivo e terceiro viesse a ser anulado, desde que por razões que não tivessem relação com a intenção livre do sujeito passivo de contratar em certos termos (conforme explicado no Capítulo II, item 1, *supra*).

Apesar de, como referido, a procedência da ação de preferência não ocasionar a mutação subjetiva do contrato celebrado em violação ao direito de prelação, e de não ser consequência necessária da invalidação deste contrato a perda do direito do preferente, os posicionamentos expostos acima têm o mérito de afirmar que a nulidade do contrato concluído entre sujeito passivo e terceiro não é consequência do deferimento da ação de preferência.

Com o deferimento da ação, e o consequente exercício coercitivo da preferência mediante a contratação entre preferente e sujeito passivo, este último receberá, a título de pagamento, os valores inicialmente depositados pelo titular da prelação. A esta altura, o sujeito passivo terá recebido o pagamento não só do preferente, como também do terceiro adquirente, cujo contrato foi declarado relativamente ineficaz, razão pela qual terá este último ação em face do sujeito passivo, para pleitear a devolução dos valores pagos, bem como eventuais perdas e danos adicionais porventura devidas.

Antes de passar ao próximo item, cumpre ressaltar apenas que, independentemente do ajuizamento da ação prelatícia, e fugindo à racionalidade dos direitos de preferência em geral, determina o artigo 27, § 5º, do Estatuto da Cidade que, em se tratando de direito de prelação em favor do Município, a alienação do imóvel a terceiro em condições diversas da proposta rejeitada pelo ente municipal acarreta, de pleno direito, a nulidade da alienação (cf. item 2.1., *supra*, neste Capítulo). Como se isso não bastasse, e nos termos do § 6º, nesta situação, o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor incluído na proposta apresentada, se inferior. A aquisição do imóvel nas condições deste § 6º não pode ser caracterizada como exercício típico do direito de preferência, uma vez que o Município não estará necessariamente adquirindo o bem pelo mesmo preço proposto pelo potencial comprador. Nesse sentido, à luz do ordenamento jurídico português, se posiciona

---

cumulada com adjudicação compulsória 'haver para si o imóvel locado', pois tal pedido não é compatível, juridicamente, com o de anulação (art. 292, §1º, I, do CPC). Desconstituído o ato jurídico de venda e compra, o imóvel tornará ao patrimônio do locador vendedor" (TAC2/SP, 3ª CC, AC 312.004-0-00, Rel. Juiz Antonio Mansur, j. 24.03.1990, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 15). E ainda: (i) STJ, 5ª T., REsp 886.583, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.02.2010, v.u., DJ 26.04.2010; e (ii) STJ, 3ª T., REsp 904.810, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15.02.2007, v.u., DJ 19.03.2007, p. 352.

MANUEL HENRIQUE MESQUITA: "nestes casos, e em todos os que se lhes assemelham, não é de um direito de preferência verdadeiro e próprio que se trata, mas antes de um direito de expropriação. [...] Para que possa falar-se de preferência [...] é imprescindível que o preferente exerça o seu direito nas mesmas condições"[421].

3.2.3.5 Legitimidade das partes na ação de preferência

Questão de direito eminentemente processual, mas que não se poderia deixar de mencionar, ainda que brevemente e com as limitações inerentes a este trabalho, diz respeito à legitimidade das partes para figurar nos pólos ativo e passivo da ação de preferência.

Em linha com o raciocínio desenvolvido ao longo dos itens anteriores, sendo a ação de preferência um meio de o sujeito ativo exercer coercitivamente o seu direito, de modo que a procedência da ação terá efeitos equivalente à celebração de um contrato entre ele e o sujeito passivo, parece claro, e mesmo intuitivo, à primeira vista, que as partes legítimas para figurar na ação de preferência seriam, de um lado, o preferente, e de outro, o sujeito passivo. Além disso, tratando-se de ação de preferência ajuizada após a alienação a terceiro do bem objeto da prelação – que, como visto, só está à disposição dos preferentes cujos direitos tenham eficácia real –, parece necessária, ainda, a inclusão do terceiro adquirente no pólo passivo, sendo possível, assim, estender os efeitos da decisão judicial também a ele, garantindo-se a efetividade da decisão.

Não obstante, doutrina e jurisprudência, provavelmente devido às posições díspares quanto à natureza e às finalidades da ação de preferência, não são uníssonas em relação à legitimidade passiva na ação de preferência. Para uma primeira corrente, a legitimidade deve ser atribuída exclusivamente ao sujeito passivo, alienante do bem. Nesse sentido já decidiram o Tribunal de Justiça da Bahia, em acórdão que versava sobre o direito de preferência do arrendatário rural[422], e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em precedentes relacionados

---

[421] *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 195, em nota de rodapé.

[422] "[...] É de clareza solar a ilegitimidade passiva do adquirente do imóvel, em ação de adjudicação proposta pelo arrendatário, que alega violação de seu direito de preferência. [...] Os aqui demandados apelados [os adquirentes do imóvel] poderiam, quando muito, residir no processo como litisconsortes, mas a ação deveria ter sido proposta contra os arrendantes/vendedores, nunca contra os compradores" (TJ/BA, 1ª CC, AC 46883, Rel. Des. Paulo Furtado, j. 15.08.1984, v.u.. Referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., pp. 123-124).

ao direito de preferência do locatário[423].

No âmbito doutrinário, esta corrente é representada por ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, para quem, referindo-se à preferência inserida em acordo de acionistas, "legitimado a figurar no pólo passivo da relação processual é o sujeito obrigado a celebrar o contrato definitivo de compra e venda, isto é, o acionista promitente vendedor das ações, vinculado ao direito de preferência". Para ele, "não é necessária a inclusão do terceiro adquirente no pólo passivo da demanda, ao lado do promitente-vendedor". Isto porque, "se o terceiro não é nem mesmo legitimado passivo, a rigor, para figurar na demanda em que se busca simplesmente o cumprimento de contrato do qual não é parte, não pode ser considerado litisconsorte necessário". A seu ver, a sujeição do terceiro aos efeitos da sentença decorreria do registro do pacto de preferência nos livros societários, nos termos do artigo 118, § 1º, da Lei das S.A[424]. Respeitada a posição do autor, a fragilidade dessa linha de entendimento, ao que parece, é justamente não garantir a efetividade da decisão judicial perante o terceiro adquirente, que sequer terá figurado na ação.

Para uma segunda corrente, capitaneada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, sendo a ação de preferência espécie de ação real, a princípio, ela deveria ser ajuizada apenas em face do possuidor do bem à época do ajuizamento. Nessa linha, o sujeito passivo somente deveria integrar o pólo passivo caso o preferente requeresse, cumulativamente, perdas e danos:

> "A menos que se pretenda aproveitar a acção de preferência para demandar o alienante em indemnização ou que se queira suscitar o problema de uma simulação relativa, normalmente de preço, no negócio faltoso, o alienante não tem interesse efectivo em contradizer: tanto se lhe dá, objectivamente, que a coisa-objecto caiba ao preferente ou ao terceiro. [...] Ora, se ao alienante nada for pedido, qual o seu papel em juízo? [...] Nunca – designadamente no domínio da preferência – se devem multiplicar as exigências processuais injustificadas"[425].

---

[423] "Eventual preterição do direito de preferência do locatário que deve ser reclamado em face do alienante do imóvel, e não do adquirente, conforme dispõe o artigo 33, *caput*, da Lei 8.245/91" (TJ/RJ, 8ª CC, AC 0002785-33.2005.8.19.0008, Rel. Des. Ana Maria Oliveira, j. 13.07.2010, v.u.). No mesmo sentido: TJ/RJ, 3ª CC, AC 0001514-22.2006.8.19.0212 (2007.001.12592), Rel. Des. Luiz Felipe Haddad, j. 03.05.2007, v.u..

[424] *Execução específica dos acordos de acionistas*, cit., pp. 129-130.

[425] *Tratado de direito civil português*. V. 2. T. II, cit., pp. 514-517. Em sentido semelhante a lição de Mário Júlio de Almeida Costa: "mais de acordo com os princípios se apresenta a orientação segundo a qual deve apenas ser demandado quem se encontre na posse da coisa" (*Direito das obrigações*, cit., p. 455). Como, na maioria das vezes, o possuidor do bem será o terceiro adquirente, parte desta segunda corrente entende que é dele a legitimidade passiva (cf. (i) STJ, 5ª T., REsp 631.221, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05.10.2006, v.u., DJ 23.10.2006, p. 348; e (ii) TAC2/SP, 5ª CC, AC 156.749, Rel. Juiz Alfredo Migliore, j. 14.09.1983, v.u.. Este último referido por Wilson Bussada. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*, cit., p. 176).

Não obstante, o autor recomenda, por cautela, a inclusão do sujeito passivo alienante no polo passivo da ação, tendo em vista que diversos precedentes jurisprudenciais portugueses exigem o litisconsórcio.

Por fim, para uma terceira corrente, as partes legítimas para figurar na ação de preferência seriam preferente, de um lado, e sujeito passivo e terceiro adquirente, de outro, em litisconsórcio. Assim, para SÍLVIO DE SALVO VENOSA, "essa ação é movida contra o alienante e o terceiro adquirente"[426]. À luz do direito português, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO esclarece que dá causa à ação de preferência "o incumprimento da obrigação de preferência por parte do obrigado, não fazendo sentido que essa questão fosse apreciada sem que ele seja chamado à acção. [...] Parece-nos haver, assim, uma situação de litisconsórcio necessário passivo entre o obrigado à preferência e o terceiro"[427]. Na mesma linha a lição de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA[428].

A necessidade de sujeito passivo e terceiro adquirente figurarem lado a lado no pólo passivo da ação de preferência, de fato, parece ser a orientação que mais se ajusta ao instituto, por garantir efetividade à decisão judicial. Como explica CARLYLE POPP, o litisconsórcio se justifica "pois ambos, necessariamente, sofrerão os efeitos da decisão judicial"[429]. Na mesma linha, VALDEMAR P. DA LUZ: "faz indispensável promover-se, além do alienante, também a citação do adquirente para a formação do litisconsórcio passivo necessário". Isto porque, quando procedente a ação, os efeitos da sentença repercutirão sobre a esfera jurídica do adquirente[430].

Passada a análise das principais questões relacionadas à fase patológica da relação de preferência, e expostos os meios de tutela postos à disposição do preferente diante da violação de seu direito, passa-se, no Capítulo seguinte, a tratar da dinâmica dos direitos de preferência.

---

[426] *Direito civil*. V. 3, cit., p. 89.
[427] *Direito das obrigações*. V. 1, cit., p. 244.
[428] *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., pp. 386-387. Nas palavras do autor: "o problema da legitimidade para a acção destinada a exercê-lo [o direito de preferência] não pode ser solucionado como se a acção de preferência não nascesse dum facto (originário) ilícito do alienante e continuasse a ser uma simples acção de substituição ou sub-rogação do adquirente. Esquecer o lado obrigacional da relação (complexa) de preferência e o facto ilícito do alienante em que necessariamente assenta a propositura da acção de preferência [...] equivale a fomentar a possibilidade de casos julgados contraditórios nos seus fundamentos. [...] Interpondo a acção de preferência, o respectivo titular começa, explícita ou implicitamente, por afirmar que, sendo ele titular do direito de preempção, o alienante não cumpriu a obrigação imposta no artigo 416.° [do Código Civil português], ao obrigado à preferência. [...] A solução do litisconsórcio necessário passivo (entre o alienante e o adquirente) tem o grande mérito de obviar os inconvenientes que acabam de ser expostos. E deve, por isso mesmo, ser considerada como a que melhor corresponde ao pensamento da lei". No mesmo sentido: MARTINS, António Carvalho. *Preferência*, cit., p. 136.
[429] "Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor", cit., p. 31.
[430] "Direito de preferência", cit., p. 744.

4 A DINÂMICA DOS DIREITOS DE PREFERÊNCIA

"*A teoria sem a prática de nada vale, a prática sem a teoria é cega*".

Lênin

4.1 A dinâmica dos direitos de preferência

Passada a primeira parte do presente estudo, em que foram apreciadas as características gerais da preferência, sua natureza jurídica, o desenrolar da relação prelatícia, sua fase patológica e os meios de tutela à disposição do sujeito ativo, é chegado o momento de analisar a dinâmica do instituto. Busca-se, então, a partir do substrato teórico desenvolvido nos Capítulos anteriores, analisar intrincadas questões que se põem na prática, relacionadas a dois direitos de preferência selecionados.

Nessa trilha, o próximo item terá por foco o exame do pacto de preferência para aquisição de ações inserido em acordo de acionistas de sociedades anônimas, espécie mais comum do chamado "acordo de bloqueio", e que representa um dos direitos de preferência convencionais de maior relevância prática na atualidade.

No item seguinte as atenções estarão voltadas para o direito de preferência legal atribuído aos condôminos de bens indivisíveis, conforme previsão do artigo 504 do Código Civil, e o escopo será responder a seguinte indagação: a preferência legal dos condôminos alcança as alienações de frações ideais de um condômino a outro, ou se restringe às transferências a terceiros, estranhos ao condomínio?

4.2 Direito de preferência inserido em acordo de acionistas

4.2.1 *Os "acordos de bloqueio"*

A Lei das S.A., que dispõe sobre as sociedades por ações, define o acordo de acionistas no *caput* de seu artigo 118, como espécie contratual típica, celebrada entre dois ou mais acionistas de uma mesma companhia, e que tem por objeto (i) o exercício do direito de voto ou do poder de controle da sociedade – os chamados "acordos de voto" ou "acordos de comando" –, ou (ii) a regulação do direito dos acionistas de dispor de suas ações – os chamados "acordos de bloqueio"[431].

[431] Vale conferir o teor do referido dispositivo: "[o]s acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou o poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede". O acordo de acionistas é tipo contratual que tem como pressuposto fundamental um outro contrato – o estatuto social –, existindo em função deste, num fenômeno que a doutrina espanhola denomina "dependência funcional" (cf. VIANNA, Márcio Correia. "A conceituação jurídica do acordo de acionistas e a licitude da convenção de voto". In: *Revista Forense*. V. 253. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1976, p. 471). Trata-se, com efeito, de modalidade de contrato parassocial, por atuar, justamente, à margem da regulação estatutária da companhia, complementando-a (cf., dentre outros: (i) LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Acordo de acionistas". In: *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 215-216; (ii) BARBI FILHO, Celso. "Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e proposta para a reforma de sua disciplina legal". In: *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. V. 8. São Paulo: abr./jun. 2000, pp. 36-37; (iii) LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Pacto de preferência em acordo de acionistas". In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, pp. 277-289; e (iv) AMENDOLARA, Leslie. "A influência dos acordos de acionistas na gestão das empresas de capital aberto". In: *Revista do instituto dos advogados de São Paulo*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2003, p. 22). O fato de constituir um contrato parassocial permite concluir que, apesar de celebrado individualmente entre os acionistas, a eficácia do acordo está condicionada à existência da pessoa jurídica, em cuja esfera dar-se-á a sua execução (cf. EIZIRIK, Nelson. "Incorporação de companhia por sua subsidiária integral. Extinção de acordo de acionistas. Inaplicabilidade do artigo 264 da Lei das S.A.. Prevalência do interesse social e abuso de direito". In: *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 311). A propósito, ressalte-se que, em função de sua dependência em relação à existência da sociedade, o acordo de acionistas é comumente classificado pela doutrina societária como pacto acessório ao contrato social (cf., dentre outros: (i) COSTA, Carlos Celso Orcesi da. "Da rescisão imotivada de acordo de acionistas por prazo indeterminado". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1985, p. 43; e (ii) BULGARELLI, Waldirio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 196). Duas são as características do acordo de acionistas que lhe conferem sua peculiaridade. A primeira diz respeito à qualidade de acionista das partes contratantes. Com efeito, são legitimados a celebrar essa espécie de pacto apenas os acionistas da companhia no âmbito da qual o contrato é celebrado, não sendo o acordo de acionistas o instrumento ideal para ajustes entre acionistas e terceiros, acionistas e administradores, ou acionistas e a própria companhia. Trata-se de um limite subjetivo de validade dessa espécie de acordo (cf. BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 63). A segunda particularidade dessa espécie de pacto parassocial tem relação com seu elemento objetivo, pois somente se considera acordo de acionistas típico aquele que tem por objeto o exercício do direito de voto, o exercício do poder de controle, a compra e venda das ações dos signatários do pacto, ou o direito de

A convenção de bloqueio, de que é espécie o pacto de preferência, poderá figurar como contrato autônomo ou como ajuste acessório aos acordos de voto ou de comando. Na primeira hipótese, o acordo de bloqueio, em geral, visa a simplesmente assegurar aos acionistas signatários a manutenção ou o aumento de sua participação societária, caso algum deles decida alienar suas ações. Nessa linha, o acordo acaba por funcionar como elemento obstrutivo ao ingresso de terceiros na sociedade, razão pela qual é comum sua utilização em companhias fechadas de cunho pessoal, como certas sociedades familiares.

Como contrato acessório a uma convenção de voto ou de comando, o acordo de bloqueio tem por principal função, em grande parte das vezes, ao restringir o poder de disposição das ações, preservar a estrutura de comando da companhia, mantendo a estabilidade do grupo de acionistas que decidiu adotar, em beneficio mútuo, determinada orientação nas assembleias gerais, comprometendo-se a votar em comum[432]. Esses pactos de bloqueio, então, ao permitirem a preservação da estrutura do controle, contribuem para dar maior solidez e eficácia ao acordo de acionistas[433].

Vale mencionar que certas restrições à transferência das ações, a exemplo do pacto de preferência, além de serem matéria típica de acordos de bloqueio, podem estar presentes no próprio estatuto social de algumas companhias. Em se tratando de companhias fechadas, a Lei da S.A., em seu artigo 36[434], permite que o estatuto estabeleça limites à livre circulação das

---

preferência para adquiri-las, nos termos do já citado *caput* do artigo 118 da LSA. É comum a inserção, em acordos de acionistas, de outras matérias atinentes aos interesses de seus signatários. Tais convenções, apesar de válidas, não ostentam a qualidade de acordos de acionistas, e por esta razão não são regidas pelas normas específicas do artigo 118. Quanto às espécies de acordos de acionistas, a doutrina societária costuma classificá-los tomando por base o objeto do pacto. Distinguem-se, assim, (i) os acordos de voto, que como o próprio nome indica, visam a regular o exercício do direito de voto nas assembleias gerais entre as partes signatárias; (ii) os acordos de comando, que versam sobre o exercício do poder de controle de certa sociedade, quando nenhum acionista é capaz de, isoladamente, titularizar o controle societário; e (iii) os acordos de bloqueio, que restringem a livre disposição das ações afetadas ao pacto. Esta última classificação abrange algumas subespécies, sendo a mais comum a convenção que versa sobre o direito de preferência para a aquisição das ações objeto do acordo. Trajano de Miranda Valverde lembra algumas das modalidades mais comuns: "[a]s disposições societárias que restringem a negociação das ações poderão apresentar muitas variedades. Ora não se admitirá a transferência delas a estrangeiros ou a pessoas estranhas ao grupo profissional; ora se fará depender a transferência de prévio consentimento da sociedade, por intermédio de seus órgãos, diretoria ou assembleia geral; ora se estabelecerá o direito de preferência ou preempção a favor da sociedade, quando possível, ou dos acionistas, que o exercerão pelo modo prescrito nos estatutos" (*Sociedades por ações*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 209. No mesmo sentido: MARTINS, Fran. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 214).

[432] CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. *Acordo de quotistas*: análise do instituto do acordo de acionistas previsto na Lei nº 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas sociedades limitadas à luz do novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), com contribuições da teoria dos jogos. São Paulo: IOB Thomson, 2007, p. 66.

[433] Como expõe Modesto Carvalhosa, alguns autores consideram que tais pactos constituem mesmo complemento necessário aos acordos de voto, pois, "impedindo a livre cessibilidade das ações vinculadas, os acionistas compromissados evitam que se efetue a transferência das ações a terceiros não obrigados, com a finalidade de furtar-se ao contratado" (*Acordo de acionista*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 141).

[434] "Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeito o acionista ao

ações nominativas. Tais restrições, nos termos do citado artigo, só não podem impedir a negociabilidade das ações, nem submeter o acionista ao arbítrio dos órgãos da administração ou da maioria dos acionistas.

A permissão legal a que as companhias fechadas estabeleçam, em seus estatutos, limitações à circulação das ações, vai ao encontro do caráter personalíssimo de certas sociedades anônimas fechadas, que muitas vezes prepondera sobre o caráter *intuitu pecuniae*. Aliás, a presença de restrições estatutárias à circulação das ações é um dos indicativos de que se trata de uma sociedade anônima de pessoas. As restrições estatutárias, nesses casos, têm por objetivo vedar o ingresso de terceiros indesejáveis na sociedade.

A maior diferença entre a cláusula estatutária restritiva da transferência de ações e a cláusula inserida em acordo de acionistas diz respeito à amplitude subjetiva de cada uma delas. Como explica MARCELO M. BERTOLDI, enquanto a primeira "obriga indistintamente todos os acionistas da companhia", a segunda "deita seus efeitos tão somente sobre os convenentes"[435]. Além disso, a restrição estatutária à circulação das ações indica o caráter personalíssimo da sociedade em questão, o que não ocorre em se tratando de restrições em acordo de acionistas.

Já nas sociedades anônimas abertas, são absolutamente proibidas as restrições estatutárias à circulação das ações[436], razão pela qual, nessa espécie de companhia, o acordo de acionistas é o instrumento hábil para as partes estabelecerem limitações à circulabilidade de suas ações[437], a exemplo do direito de preferência recíproco, em que os convenentes se comprometem a não alienar a terceiros suas participações societárias sem propiciar aos demais a oportunidade de adquiri-las, preferencialmente.

---

arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. Parágrafo único. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de 'Registro de Ações Nominativas'".

[435] *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91. Como ressalta o autor, não se aplica, no Brasil, a distinção presente no direito italiano entre as cláusulas estatutárias restritivas da transferência das ações e as cláusulas inseridas em acordos de acionistas. Naquele ordenamento jurídico, apenas a primeira obriga todos os acionistas e a própria companhia. O acordo de bloqueio, por sua vez, não gera efeitos perante esta última, de modo que o seu inadimplemento acarreta tão somente a possibilidade de reparação pecuniária pelos prejuízos sofridos pelos demais signatários. No Brasil, diversamente, o acordo de bloqueio arquivado na sede social gera efeitos perante a companhia, que deverá obedecer seus termos e, assim, recusar-se a formalizar a transferência de ações afetadas quando em violação ao acordo. Trata-se, assim, de uma das hipóteses de eficácia extrajudicial do acordo de acionistas, "eficácia esta levada a efeito diretamente pela companhia. Assim, não faz sentido no Brasil a distinção feita pela doutrina italiana entre o acordo de bloqueio e a cláusula estatutária restritiva da transferência de ações" (*Ibid*, p. 92).

[436] Cfr., por todos: BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 235-236.

[437] Nas palavras de Modesto Carvalhosa, "[n]as companhias abertas, os acordos de bloqueio constituem modalidade legítima de contornar a proibição legal de constar do estatuto limitação dessa ordem" (*Acordo de acionista*, cit., p. 143). As ações de companhias abertas afetadas a acordos de acionistas, entretanto, não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão, nos termos do § 4º do artigo 118 da LSA.

4.2.2 *Pacto de preferência para aquisição de ações inserido em acordo de acionistas*

Como mencionado, o pacto de preferência inserido em acordo de acionistas é a modalidade de restrição à circulação de ações mais utilizada nas sociedades anônimas, fechadas ou abertas, e por estar relacionado, de forma geral, à estabilidade do corpo de acionistas, tem função de uma "cláusula organizativa", na expressão utilizada por JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO[438]. Com efeito, grande parte dos acordos de acionistas contém pacto de preferência[439], ainda que seu escopo seja regular o exercício do direito de voto ou do poder de controle.

Apesar de largamente difundido, e de expressamente previsto no *caput* do artigo 118 da Lei das S.A., a disciplina jurídica do direito de preferência inserido em acordo de acionistas carece de regulamentação específica. Aliás, como grande parte dos direitos de preferência de natureza convencional. Não há, por outro lado, como visto (Cap. I, item 1, *supra*), no ordenamento jurídico brasileiro, normas destinadas a regular, de maneira geral, os pactos de preferência, de modo que resta ao intérprete, em seu trabalho hermenêutico, diante da complexidade das situações concretas, encontrar a solução mais razoável.

Para tal, é preciso levar em conta que os convenentes do acordo de acionistas, desde que não violem disposições de lei, têm ampla liberdade para fixar, de modo vinculante, a

---

[438] Parecer não publicado elaborado em 03 de agosto de 2011, disponível nos autos do Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000 (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.).

[439] Para além do direito de preferência inserido em acordo de acionistas, previsto no já referido artigo 118, a Lei das S.A. estatui, em seu artigo 171, o "direito de preferência" para subscrever ações nos aumentos de capital, na proporção do número de ações possuída por cada um dos acionistas ("Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital"). Trata-se de direito essencial, conforme prevê o artigo 109 da mesma lei ("Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista dos direitos de: [...] IV – preferência para a subscrição de ações, parte beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172 [...]"). Tal "direito de preferência", entretanto, não pode ser qualificado tecnicamente como tal. Isto porque o direito de subscrever prioritariamente as ações existirá independente de oferta de terceiro, elemento fundamental do direito de preferência, conforme esclarecido no primeiro Capítulo deste trabalho. Não haverá, assim, a paridade de condições típica da preferência. O que há é uma simples prioridade, concedida aos acionistas da companhia para que possam, mesmo após o aumento de capital, assegurar sua participação, sem diluição. Para Maria Isabel de Almeida Alvarenga, haveria aí um direito de opção: "no tocante à natureza jurídica, muito embora a Lei nº 6.404/76 fale em 'direito de preferência' para a subscrição de ações em aumento de capital, não se trata, em verdade, de prelação ou preferência, mas sim de autêntica opção, conforme Comparato (1980, p. 65-66). O acionista tem, assim, um direito potestativo ou um direito formador, pois tem a prerrogativa de atuar, unilateralmente, sobre a esfera jurídica da pessoa jurídica, que fica em situação de sujeição" (*Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 14). Some-se a isso o fato de o sujeito passivo desse "direito de preferência" ser a própria companhia, e não os acionistas, como ocorre quando há direito de preferência em acordos de acionistas. Nesse sentido: BULGARELLI, Waldirio. "Venda de ações entre acionistas sem respeitar o direito de preferência conferido por cláusula estatutária de companhia fechada. Nulidade do negócio e reparação de danos ocorridos". In: *Questões atuais de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 120-121.

disciplina do direito de preferência para a aquisição de suas ações, tendo em vista os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos. É preciso ter em mente, ainda, que a instituição de um direito de preferência convencional excepciona a regra da livre transmissibilidade das ações, vigente nas sociedades anônimas.

Como referido na primeira parte do presente estudo (Cap. I, item 4, *supra*), a função da preferência estabelecida via convenção deverá ser analisada casuisticamente. Para evitar interpretações distorcidas, será preciso compreender exatamente os objetivos pretendidos pelas partes envolvidas ao pactuarem a preferência.

As características fundamentais do direito de preferência, objeto de análise anterior, estão presentes, igualmente, no pacto de preferência inserido em acordo de acionistas. Assim, vale recordar que, com a celebração da convenção de preferência, não há diminuição da liberdade contratual do sujeito passivo, que pode livremente decidir se quer ou não alienar suas ações. Caso jamais decida aliená-las, a consequência é que o direito de preferência poderá nunca vir a se constituir: "a preferência não consiste em contrato definitivo, tampouco obrigatório. O outorgante da preferência [...] obriga-se [...] a comunicar ao outorgado [...] se e quando se decidir pela celebração de contrato definitivo"[440]. Uma vez tomada a decisão de contratar, entretanto, passa a incidir uma restrição à liberdade de contratar do sujeito passivo, quanto à escolha do outro contratante, pois deverá ser conferida preferência ao credor do direito de prelação.

Essa decisão de contratar do sujeito passivo, em geral, chega ao conhecimento do preferente por meio da *denuntiatio* – os acordos de acionistas costumam minudenciar a sua forma –, apesar de, a rigor, não ser ela que constitui o direito em si. A eficácia do direito de preferência, conforme verificado no Cap. II, nasce quando o sujeito passivo toma a decisão inequívoca de contratar, independentemente de realização da *denuntiatio*. Não se trata de uma decisão genérica de contratar, mas sim de uma decisão concreta, já estando presentes as características do contrato projetado com terceiro.

O exercício do direito de preferência é manifestado via declaração de preferência, em que os acionistas signatários externarão se desejam, ou não, exercer seu direito. Diante de uma declaração negativa, ou de uma abstenção dos preferentes, o acionista alienante estará livre para contratar com terceiros. Em caso de declaração positiva, estará obrigado a alienar suas ações, segundo os termos do contrato projetado com o potencial adquirente.

---

[440] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 9. Em sentido semelhante: BERTOLDI, Marcelo M.: "O signatário não tem prazo nem está obrigado a vender as suas ações, mas se o fizer está obrigado a oferecê-lo prioritariamente aos demais convenentes do acordo" (*Acordo de acionistas*, cit., p. 93).

Nesse ponto da evolução da relação de preferência, já não é mais facultado ao acionista alienante desistir de celebrar o negócio[441] (cf. Cap. II, item 3.6, *supra*), podendo os demais signatários do acordo, se for o caso, exigir a execução específica da obrigação, havendo para si as ações: "uma vez decidindo o outorgante alienar as ações e exercendo o outorgado o direito de preferência, não há como o outorgante opor-se a lhe alienar as ações"[442]. De maneira semelhante posiciona-se MODESTO CARVALHOSA, para quem "uma vez adquirido o direito [de preferência], ou seja, tendo a parte oferecido as suas ações à venda, sob determinadas condições, [...] aquele que prometeu a preferência não poderá opor-se legitimamente ao exercício desse direito. Encontra-se em uma situação de sujeição"[443].

Exercida a preferência, será preciso, ainda, concluir o negócio translativo, o que se dará mediante o pagamento do preço ao acionista alienante, e a transferência das ações aos adquirentes, com a assinatura no Livro de Transferência de Ações (cf. artigo 100, inciso II, da Lei das S.A.). Como se vê, e seguindo a regra geral estabelecida *supra* (Cap. II, item 3.7), a celebração do contrato com o preferente não se confunde com o exercício do direito de preferência, sendo momento posterior a tal exercício. Nas palavras de MARIA ISABEL DE ALMEIDA ALVARENGA,

> "(...) a formalização dos contratos e dos atos societários (eventual assembleia geral, por exemplo), o pagamento do preço e as assinaturas dos termos de transferência das ações são eventos distintos e posteriores ao exercício do direito de preferência, o qual se manifesta e se exaure mediante a notificação enviada pelo preferente ao alienante"[444].

Por último, vale recordar que, tendo havido violação do direito de preferência, os acionistas prejudicados poderão, cumulada ou alternativamente, pleitear perdas e danos ou executar especificamente a obrigação[445]. Esta segunda opção, entretanto, será limitada se o

---

[441] A rigor, o vinculado à prelação já não pode se opor à celebração do contrato com o preferente desde o momento em que o direito deste último torna-se eficaz, o que ocorre com a decisão livre do sujeito passivo de contratar em certas condições, conforme ajuste com terceiro; o dever de contratar com o preferente, contudo, somente surge quando o preferente manifesta sua vontade positivamente, via declaração de preferência.

[442] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 15.

[443] *Acordo de acionista*, cit., p. 148.

[444] *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 184.

[445] Para Celso Barbi Filho, "[a] caracterização do propósito de alienar as ações pode ocorrer de duas formas. A primeira é quando a parte alienante comunica sua intenção à outra. E a segunda é quando ela aliena suas ações a terceiro, em desobediência ao pactuado. Em ambos os casos, materializa-se [...] a intenção de alienar, criando para a outra parte o direito à aquisição. Na primeira hipótese, poderá obter-se a sentença, a qual valerá pelo ato do alienante. Tal sentença terá por pressuposto a prova da comunicação da intenção de alienar, somada ao acordo de preferência, gerando o direito à compra. Na segunda, o próprio ato de alienação a terceiro, unido ao acordo, gera o direito à aquisição" (*Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pp. 165-168).

direito de preferência não ostentar eficácia real, e as ações objeto da preferência já tiverem sido alienadas. A oponibilidade do pacto de preferência inserido no acordo de acionistas será objeto de análise no item seguinte.

4.2.2.1 Eficácia perante terceiros

No Capítulo III, esclareceu-se que, enquanto os direitos de preferência de origem legal, grosso modo, são dotados de uma oponibilidade especial, de modo que a contratação entre sujeito passivo e terceiro em violação ao direito do preferente é ineficaz perante este último, os direitos de preferência convencionais, de modo geral, não ostentam essa peculiaridade.

Cumpre averiguar, então, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, das disposições da Lei das S.A., se o pacto de preferência inserido em acordo de acionistas segue, ou não, esta regra, isto é, se diante da alienação indevida das ações, em desrespeito ao acordo, poderão os demais signatários a ela se opor, requerendo a reparação específica, ou se terão a seu dispor somente a via ressarcitória. Trata-se de tema bastante debatido.

Enquanto, nos contratos em geral, a princípio criam-se vínculos obrigacionais apenas entre as partes contratantes, em se tratando de acordo de acionistas, determina o artigo 118, *caput*, da Lei das S.A., que ele deverá ser observado pela companhia quando arquivado em sua sede. Além disso, o acordo de acionistas poderá ser oponível perante terceiros[446], bastando, para tal, sua averbação nos livros de registro da companhia e nos certificados das ações, se emitidos (art. 118, § 1º, da LSA)[447]. Determina, ainda, o § 3º do artigo 118 que "[n]as condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas". Essas três disposições, em conjunto, conferem ao acordo de acionistas alto grau de exequibilidade e eficácia, não só entre os seus signatários, mas também perante terceiros e a própria companhia.

---

[446] Nas palavras de Teresa Negreiros, a oponibilidade do contrato traduz-se em "obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)" (*Teoria do contrato*: novos paradigmas, cit., pp. 264-265).

[447] Como se isso não bastasse, prevê o artigo 40 da Lei das S.A., em seu parágrafo único, que "[m]ediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros". A averbação deverá ser realizada no livro de "Registro de Ações Nominativas", em caso de ações nominativas, e nos livros da instituição financeira, em caso de ações escriturais.

A eficácia maior do acordo de acionistas, ausente na lei societária anterior (Decreto-Lei nº 2.627/1940), reside justamente na obrigatoriedade de a companhia observá-lo. Tal previsão está em consonância com a relativização do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos[448]. De fato, já não é mais possível afirmar, com segurança, que os efeitos dos negócios jurídicos incidirão apenas sobre as partes contratantes, tendo em vista a cláusula geral de boa-fé objetiva, que aponta para a possibilidade de o contrato produzir efeitos reflexos na esfera jurídica de terceiros que dele tenham ciência presumida ou efetiva[449]. Se é assim nos negócios jurídicos em geral, com maior razão se justifica a imposição do artigo 118 da Lei das S.A., de que a companhia observe o acordo de acionistas do qual tenha inequívoca ciência, por meio do arquivamento em sua sede. "O dever de a companhia observar as disposições dos acordos de acionistas arquivados em sua sede [...] guarda coerência, portanto, com a moderna concepção do princípio da relatividade dos contratos"[450].

Arquivado o acordo na sede social, compete aos administradores da sociedade zelar pelo cumprimento das obrigações convencionadas no pacto. Assim, estando o acordo averbado junto aos livros de registro e certificados de ações, poderá o signatário do acordo exigir que não sejam registradas transferências de ações em desrespeito aos termos do pacto parassocial. A oponibilidade perante terceiros se justifica porque, com a averbação do acordo, "há presunção de seu conhecimento por terceiros que venham a ter interesse em adquirir as

---

[448] Como bem observa Antônio Junqueira de Azevedo, embora não seja possível deduzir que terceiros sejam partes do contrato, "torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse" ("Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer)". In: *Revista dos tribunais*. V. 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 1998, pp. 116-117). De maneira semelhante, para Caitlin Mulholland, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos "permite algumas exceções à sua aplicação, exceções estas que tornam possível a relativização deste princípio e a constatação, portanto, de que não se trata de um princípio absoluto, mas que, pelo contrário, em algumas situações deve ser posto de lado levando-se em consideração a boa-fé e a função social do contrato" ("O princípio da relatividade dos efeitos contratuais". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 277).

[449] Vale lembrar que, para Gustavo Tepedino, não é correta a corrente que "concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice". Isso porque "esta posição acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual" ("Notas sobre a função social dos contratos". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo*, cit., p. 398). Cfr. também: (i) TEPEDINO, Gustavo. "Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula 'to the best knowledge of the sellers'". In: *Temas de direito civil*. T. II, cit., p. 251, em nota de rodapé; e (ii) MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiz Lourenço. "Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito)", cit., pp. 453-471.

[450] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Acordo de acionistas". In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). *Direito das companhias*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 476-477.

ações, sujeitando-os às consequências imputáveis às transferências feitas em desobediência ao pactuado"[451].

A possibilidade de execução específica das obrigações assumidas em acordo de acionistas representou importante evolução legislativa, já que na época da entrada em vigor da Lei das S.A., em 1976, o inadimplemento de obrigações de fazer ou não fazer resolvia-se, como regra, em perdas e danos[452] e, muitas vezes, a reparação pecuniária não era suficiente para satisfazer o credor que teve seu direito violado.

Nesse ponto, a Lei das S.A. inovou, ao dispor, em seu artigo 118, que os acionistas poderiam promover a execução específica das obrigações assumidas no acordo (muitas delas de fazer ou não fazer), e que o acordo de acionistas poderia ser oponível perante terceiros e a própria companhia, desde que arquivado na sede social e averbado junto aos livros de registro e certificados de ações, se emitidos. Com a previsão do cumprimento específico do acordo de acionistas, os participantes de tais pactos passaram a poder exigir as obrigações nele pactuadas "*in natura*, não podendo ser substituídas, salvo em caso de aquiescência do credor, pela simples reparação pecuniária"[453].

Num primeiro momento, e provavelmente tendo em vista o caráter inovador das previsões da Lei das S.A., a maioria dos autores tendia a repudiar a execução específica do pacto de preferência inserido em acordo de acionista diante da alienação indevida das ações a terceiro, mesmo estando o acordo arquivado na sede social e averbado junto aos livros e certificados. Embora a execução específica fosse considerada, em tese, viável – isto é, manifestada a intenção de venda das ações, os demais signatários do acordo poderiam exigir a conclusão do contrato de compra e venda –, em caso de alienação indevida a terceiros, este cumprimento não mais seria possível, o que, por outras palavras, significava dizer que o pacto de preferência não gozava de eficácia real.

Em artigo que remonta ao início da década de 1980, ARNOLDO WALD sustentava com afinco a impossibilidade de execução específica do direito de prelação nesta hipótese. Para ele, sendo o pacto de preferência um direito pessoal, o seu inadimplemento resolver-se-ia necessariamente em perdas e danos, restando intocável a alienação realizada a terceiro. A execução específica das obrigações de fazer, a seu ver, prevista no hoje revogado artigo 639 do Código de Processo Civil – tal disposição legal admitia que uma sentença judicial

[451] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 96.
[452] Nos termos do artigo 1.056 do Código Civil de 1916, vigente à época, "[n]ão cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos". A execução específica só passou a figurar como regra, em se tratando de obrigações de fazer e não fazer, a partir da Lei nº 8.952/1994, que modificou o Código de Processo Civil, posteriormente reforçada pela Lei nº 10.444/2002.
[453] BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*, cit., p. 68.

substituísse a manifestação de vontade da parte que se comprometeu a concluir um contrato –, não seria suficiente para, em conjunto com o artigo 118, garantir a execução específica do direito de preferência diante de um contrato consumado de compra e venda de ações, celebrado entre o terceiro adquirente e o signatário alienante. Segundo o autor, o direito de preferência convencional, inserido em acordo de acionistas, simplesmente seria incompatível com a execução específica[454].

De maneira semelhante, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO defendia, também no início da década de 1980, que a consequência do descumprimento de pacto de preferência inserido em acordo de acionistas, com a alienação das ações a terceiro, conferia aos acionistas prejudicados somente o direito de pleitear perdas e danos[455].

Na contramão dessa linha de raciocínio, outros autores já visualizavam com clareza a novidade trazida pela Lei das S.A.. PAULO CEZAR ARAGÃO, por exemplo, em artigo publicado no final da década de 1980, entendia viável a execução específica dos pactos de preferência inseridos em acordos de acionistas mesmo diante da contratação indevida entre o acionista alienante e o terceiro adquirente, com base no artigo 639 e seguintes do Código de Processo Civil, combinados com o artigo 118 da Lei das S.A., e no caráter público dos registros societários. Em suas palavras:

> "Não parece muito complexa a execução específica das obrigações de fazer correspondentes ao direito de preferência na aquisição de ações. [...] Essa matéria vem regulamentada de forma bastante adequada nos arts. 639 e ss.

[454] Em suas palavras, "[d]iante das novas disposições legais referentes à execução compulsória das obrigações de fazer, inclusive no tocante aos acordos de acionistas, uma das questões levantadas é a referente aos efeitos reais da preferência para a aquisição de ações quando convencionado pelas partes. [...] [E]vidente que, tratando-se [o direito de preferência convencional] de direito pessoal, que, no caso de inadimplemento, se resolve necessariamente em perdas e danos, deve ser respeitada, consequentemente, a intangibilidade da venda realizada a terceiros. Não modifica a situação jurídica a invocação do direito processual e da norma da lei societária referentes à execução específica do acordo de acionistas pois a execução específica prevista pelo art. 639 do CPC pressupõe a existência de uma obrigação contratual que seja compatível, no sistema jurídico brasileiro, com a execução específica. Já vimos que o direito de preferência não enseja tal possibilidade, na legislação brasileira, em virtude do disposto no art. 1.156 do CC acima transcrito. Ao contrário, tratando-se de direito que, *ex vi legis*, no caso de inadimplemento, se resolve em perdas e danos (art. 1.156 do CC), faltam a possibilidade jurídica de execução específica e a sua não exclusão pelo título às quais se refere o art. 639 do CPC. [...] [N]ão se pode aplicar a execução específica a uma obrigação cujo regime legal vigente a exclui e, em relação à qual a lei não estabeleceu como sanções aplicáveis no caso de inadimplemento, seja a nulidade da venda, seja adjudicação compulsória das ações, impondo-se, consequentemente, como única penalidade, a resolução do inadimplemento em perdas e danos. [...] A eventual violação do direito de preferência convencional só pode ensejar o pagamento de uma indenização, não se admitindo, no caso, nem a execução específica, nem a adjudicação compulsória" ("A violação do direito de preferência para aquisição de ações". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1983, pp. 147-151).

[455] Para ele, "o direito de preferência dos sócios remanescentes, que figura na cláusula em questão, deve entender-se, antes, como de natureza convencional, e não legal; e, principalmente, pessoal, e não real, ensejando o seu descumprimento a cobertura dos prejuízos efetivamente suportados" ("Sociedade comercial: direito de preferência na venda de cota societária". In: *Revista dos tribunais*. V. 552. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1981, p. 51).

> da lei processual. [...] Note-se, por sinal, que o Direito Societário afastou-se do princípio do art. 1.156 do CC [de 1916], segundo o qual o direito de preferência, se violado, resolve-se em perdas e danos (regra, essa, já limitada em sua eficácia na vigência do CPC de 1939, cujo art. 313 admitia, em certos casos, a execução específica), passando, agora, a aceitar a eficácia real do acordo, na linha do Direito português.
> É razoável, por sinal, que assim seja, pois, se o art. 103 da Lei 6.404/76 claramente equipara os registros societários aos registros públicos, franqueando-os a terceiros (acionistas ou não, vale recordar, na linha da jurisprudência e do entendimento da Comissão de Valores Mobiliários), a mesma sistemática aplicável à ação de adjudicação compulsória, relativa a terrenos cujo compromisso de compra e venda se haja inscrito nos Registros Públicos propriamente ditos, poderia e deveria estender-se a compromissos similares registrados na companhia emissora de ações objeto do acordo, nos termos do art. 118 e do parágrafo único do art. 40, ambos da mesma Lei 6.404/76, tornando cabível a execução específica"[456].

Em sentido semelhante, em dissertação de mestrado datada de 1982, GEORGE WASHINGTON T. MARCELINO defendia o seguinte:

> "Temos para nós que, embora seja uma obrigação convencional, o direito de preferência na compra de ações reveste-se de características especiais. [...] A solução, pois, ao cumprimento, será o uso do depósito do valor da transação, para que o Juiz, proclamando a preferência pré-existente, com fulcro mesmo no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e com base no art. 639 do CPC, aliado ao art. 1.139 do Código Civil [de 1916, atual 504] e art. 25 da Lei 6.649 [antiga lei de locações], torne do acionista-credor as ações alienadas, fazendo inexistente a transação feita ao arrepio da prelação contratada [desde que arquivado e averbado o acordo, nos termos do artigo 118 da Lei das S.A.]"[457].

Esse tipo de interpretação foi, aos poucos, e na medida em que se desenvolveram regras processuais relativas à execução das obrigações de fazer e não fazer, evoluindo, até se tornar a tendência majoritária. A nova hermenêutica refletiu-se em manifestações doutrinárias, que passaram a admitir o cumprimento específico desse tipo de obrigação.

Para CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *v.g.*, os acordos de bloqueio "são oponíveis *erga omnes* e passíveis de execução específica, por força de outras disposições de lei além do artigo 118 da LSA (art. 40, par. único da LSA; art. 466-B do CPC e art. 464 do C.

---

[456] "Aspectos processuais da legislação societária". In: *Revista dos Tribunais*. V. 641. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1989, pp. 66-67.
[457] "O acordo de acionistas no direito brasileiro e sua execução". In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Sociedades por ações*: estudo nº 21. São Paulo: Resenha Universitária, 1982, pp. 1.475-1.476.

Civil)"[458]. EDSON ANTONIO MIRANDA, por sua vez, afirma que "o terceiro adquirente de ações vinculadas [...] não pode ser considerado terceiro de boa-fé, na hipótese de sofrer busca e apreensão das ações em decorrência da execução específica"[459]. Para CELSO BARBI FILHO, seja quando o acionista alienante comunica o preferente sua intenção de alienar as ações, seja quando efetivamente as aliena a terceiro, em desobediência ao pactuado, cria-se para o preferente o direito à aquisição, que "poderá obter a sentença a qual valerá pelo ato do alienante, [...] adjudicando [o juiz] as ações à parte prejudicada"[460]. Para NELSON EIZIRIK, em comentário ao artigo 118 da Lei das S.A., "se a parte que estiver obrigada a assegurar às demais o direito de preferência quando houver oferta de terceiros descumpre o acordo, podem as demais promover, judicialmente, a sua execução específica, produzindo a sentença o mesmo efeito do contrato infringido"[461]. Finalmente, para ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, "uma vez averbado o acordo [de acionistas], e alienadas as ações a terceiro, a tutela específica é plenamente viável"[462].

No âmbito jurisprudencial, também já se afirmou, recentemente, que o direito de preferência está sujeito à execução específica mesmo após a alienação da participação societária a terceiro – o que equivale a dizer que a preferência goza de eficácia real –, em situação envolvendo a alienação do controle acionário da Schincariol ao grupo estrangeiro Kirin, que tramitou na justiça estadual paulista.

No caso concreto, Adriano e Alexandre Schincariol, acionistas da totalidade das ações da sociedade Aleadri-Schinni Participações e Representações Ltda. ("Aleadri") que, por sua vez, detém 50,45% do capital social votante da "holding" da Schincariol, a "Schincariol Participações e Representações S.A." ("Schincariol"), celebraram contrato de compra e venda da totalidade de sua participação societária na Aleadri para a sociedade Kirin Holdings Investments Brasil Participações e Representações S.A. ("Kirin"). Como havia, entretanto, previsão de direito de preferência para aquisição de ações de emissão da Schincariol, seu outro acionista, Jangadil Participações e Representações Ltda. ("Jangadil"), titular de 49,55% de suas ações, alegou violação a seu direito de prelação, muito embora se tratasse o negócio de alienação de participação societária na Aleadri, e não na própria Schincariol. O caso não

[458] "Acordo de acionistas", cit., p. 444. No mesmo sentido, Otavio Luiz Rodrigues Junior ("Compra e venda, troca, contrato estimatório", cit., p. 387).
[459] *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 61.
[460] *Acordo de acionistas*, cit., pp. 165-168.
[461] *A lei das S/A comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 717.
[462] *Execução específica dos acordos de acionistas*, cit., p. 129.

chegou a ser definitivamente julgado[463], mas em acórdão cassando a liminar que, originalmente, havia suspendido os efeitos do contrato de compra e venda, afirmou-se o seguinte:

> "A autora da ação [preferente] poderia exigir a execução específica (na forma do art. 466-B, do CPC) para obter as ações negociadas, desde que depositasse o preço, e essa proposição foi admitida por especialista em processo civil (Antonio Carlos de Araújo Cintra, "Atuação por via processual dos direitos decorrentes da nova lei das sociedades anônimas". In: *A nova lei das sociedades anônimas*, AASP, 1978, p. 71)"[464].

De fato, parece haver argumentos suficientes que autorizam concluir que o pacto de preferência inserido em acordo de acionistas – estando este arquivado na sede social e averbado junto aos livros de registro e certificados de ações – goza de eficácia real. Tendo o acordo seguido as previsões do artigo 118, *caput*, parte final, e § 1º, da Lei das S.A., a consequência natural é que, diante de uma tentativa de alienação de ações em violação ao direito de preferência, a companhia sequer permitirá a formalização da transferência, recusando-se a proceder ao registro no Livro de Transferência de Ações. Na lição de MARIA ISABEL DE ALMEIDA ALVARENGA, "[c]abe à companhia zelar pela não realização de nenhuma transferência em desrespeito ao acordo de acionistas, na forma dos artigos 103, *caput* e o art. 118, *caput*, da Lei n. 6.404/76, sob pena de ser responsabilizada"[465].

Mesmo num cenário em que a companhia formalize a transferência das ações, descumprindo sua obrigação de observar os termos do acordo de acionistas arquivado em sua sede, o terceiro adquirente não poderá, a princípio, alegar boa-fé para afastar a execução específica do direito de preferência, se o acordo estiver averbado junto aos livros de

---

[463] Conforme anunciado pelos meios de comunicação, dias após a suspensão da medida liminar que impedia a alienação das ações da Aleadri, as partes envolvidas na disputa realizaram um acordo, que resultou na aquisição, pela Kirin, da totalidade das ações da Jangadil, além das ações da Aleadri. Desta forma, a Shincariol passou à posição de subsidiária integral da Kirin (Cf. http://m.g1.globo.com/economia/noticia/2011/11/kirin-anuncia-compra-de-100-da-schincariol.html . Acesso em 04.11.2011).

[464] TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 0217635-30.2011.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.. De maneira semelhante, já afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo que, diante da preferência prevista em acordo de acionistas, é possível o exercício do direito de prelação mesmo após a contratação indevida com terceiro. O contrato celebrado em desrespeito à preferência contratual, na visão do tribunal, dadas as peculiaridades do caso concreto, seria nulo (TJ/SP, 7ª CDPriv., AC 0276755-72.2009.8.26.0000, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. 02.02.2011, v.m.).

[465] *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 97.

registro[466]. É esta a principal razão que legitima o preferente prejudicado a buscar nas mãos do terceiro adquirente as ações indevidamente alienadas, conforme se lê:

> "O terceiro adquirente não pode alegar desconhecimento do pacto de preferência [...] cujos termos estejam averbados nos livros societários e nos certificados de ações, ambos dotados de publicidade e de eficácia perante terceiros. A ciência presumida da existência do direito de preferência o descaracteriza como terceiro de boa-fé, conforme José Alexandre Tavares Guerreiro (1981, p. 59)"[467].

Além disso, a reparação pecuniária, embora em tese seja suficiente para satisfazer o credor, no caso de acordos de acionistas pode não ser suficiente. Como esclarece JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO:

> "É lícito dizer-se que a equivalência indenizatória pode ser admitida, em tese, como meio de recompor o equilíbrio entre as partes. Mas, com ela, não se realiza a vontade contratual, não se atingindo o fim objetivado pelas partes ao concluírem o acordo de acionistas. Este tem por objeto a valorização de situações patrimoniais e políticas, no contexto da sociedade anônima, que não se restauram nem se recompõem através das indenizações por perdas e danos, consequentes ao rompimento do acordo. [...] Dessa forma, o interesse do celebrante do acordo na futura disponibilidade de ações a lhe serem vendidas pela outra parte, reveste-se de especificidade concreta"[468].

Ao que tudo indica, então, e apesar de o pacto de preferência ser espécie de direito de preferência convencional, ele goza de eficácia real[469], e o acionista prejudicado poderá se valer da ação de preferência para reaver para si as ações irregularmente transferidas[470]. Diante da procedência da ação, o contrato celebrado entre o terceiro adquirente das ações e o acionista alienante será ineficaz perante os acionistas preteridos. A decisão judicial substituirá a vontade do acionista alienante na celebração do contrato entre ele e os preferentes, e haverá

---

[466] "Os acordos devidamente averbados têm presunção de publicidade, e contra sua execução específica não podem se opor os terceiros. Já os acordos não averbados deixarão de poder ter sua execução específica imposta a terceiros" (BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*, cit., pp. 170-171).

[467] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 218.

[468] "Execução específica do acordo de acionistas". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1981, p. 51.

[469] Por expressa previsão legal – no caso, pela interpretação sistemática do artigo 118 em conjunto com o artigo 40, ambos da Lei das S.A..

[470] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 15: "a reparação *in natura* da obrigação de preferência tem por efeito prático a transferência das ações para o preferente, de forma que, mesmo tendo o direito de preferência para a aquisição de ações natureza obrigacional, é possível ao credor obter para si as ações".

a efetiva transferência das ações no Livro de Registro de Transferência de Ações[471]. Na lição de MODESTO CARVALHOSA, "a sentença transitada em julgado produz o efeito de constituir o contrato definitivo de compra e venda de ações, tornando partes dele as pessoas que se vincularam no momento da celebração da avença preliminar"[472].

Além da execução específica, os acionistas preteridos poderão pleitear perdas e danos, visando a reparar prejuízos causados pelo desrespeito a seu direito. Poderão pleitear, por exemplo, indenização pelos dividendos recebidos pelo terceiro adquirente antes da procedência da ação de preferência.

Por fim, a eficácia real do pacto de preferência, em princípio e ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, estará ausente caso o acordo de acionistas não esteja arquivado na sede social, e tampouco averbado junto aos livros de registro e certificados de ações[473].

---

[471] Discorda-se, nesse ponto, de Maria Isabel de Almeida Alvarenga (*Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 216). Entende a autora que, com o exercício do direito de preferência, o contrato de compra e venda de ações está perfeito e acabado, faltando apenas a formalização da transferência das ações.

[472] *Acordo de acionistas*: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 404.

[473] Antes de passar ao próximo item, vale mencionar a existência de alguns precedentes, oriundos de tribunais estaduais, que, referindo-se a direito de preferência inserido em contrato social de sociedade limitada, concluem ou (i) que a alienação de quotas em desrespeito à preferência autoriza o quotista preterido a adquiri-las mesmo após a sua alienação a terceiros (por outras palavras, admitem que a execução específica seja oponível a terceiros) (TJ/RS, 5ª CC, AC 591072475, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 28.11.1991, v.u.; TJ/PR, 6ª CC, AC 354191-3, Rel. Des. Sérgio Arenhart, j. 12.09.2006, v.u.); ou (ii) que a consequência da alienação a terceiros, em violação à preferência, é a anulação do contrato, mas não chegam a mencionar a possibilidade de execução específica (TJ/SP, 6ª CDPriv., AC 514.951-4/7-00, Rel. Des. Reis Kuntz, j. 19.07.2007, v.u.; TJ/SP, 5ª CDPriv., AC 9124527-90.2008.8.26.0000, Rel. Des. Christine Santini, j. 04.04.2012, v.u.; TJ/SP, 5ª CDPriv., AC 9131387-44.2007.8.26.0000 , Rel. Des. Christine Santini, j. 21.09.2011, v.u.; TJ/PR, 2ª CC, AC 62441-7, Rel. Des. Ângelo Zattar, j. 19.11.1997, v.u.; TJ/PR, 18ª CC, AC 321679-1, Rel. Des. Carlos Mansur Arida, j. 28.06.2006, v.u.; TJ/DF, 1ª CC, EI 20000110268810, Rel. Des. José Divino de Oliveira, j. 24.09.2003, v.m.; TJ/MG, 12ª CC, AI 1.0145.96.021622-7/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 20.01.2010, v.u.); ou (iii) finalmente, que a consequência da alienação indevida a terceiros é a ineficácia relativa do contrato, perante o preferente, mas não chegam a mencionar expressamente a possibilidade de execução específica (TJ/RS, 5ª CC, AC 70015808389, Rel. Des. Léo Lima, j. 22.11.2006, v.u.; TJ/RJ, 16ª CC, AC 0036344-94.2008.8.19.0001, Rel. Des. Mauro Dickstein, j. 03.04.2012, v.u.). Ainda no âmbito do direito de preferência inserido em contrato social de sociedade limitada, tem-se notícia de precedente em que, diante da alienação de quotas realizada em desrespeito à preferência, foi concedida medida liminar para obstar o registro da transferência na Junta Comercial (TJ/SP, 6ª CDPriv., AI 9015393-75.2001.8.26.0000, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 12.04.2002, v.u.. Vale conferir também TJ/SP, 3ª CDPriv., AI 9033372-16.2002.8.26.0000 (232.213-4/4), Rel. Des. Enio Zuliani, j. 06.06.2002, v.u.). Tem-se notícia, ainda, de parecer jurídico, emanado por Arnoldo Wald, em que se sustentou a possibilidade de deferimento de medida cautelar, no âmbito do Poder Judiciário, visando a impedir a transferência de quotas enquanto não solucionada, no âmbito do Juízo Arbitral, controvérsia atinente a direito de preferência previsto em contrato social e em acordo de quotistas ("*Affectio societatis* na sociedade de pessoas e no acordo de acionistas. Rompimento. Resolução do acordo de acionistas. Aprovação do quotista. Direito de bloqueio. Ofensa à Lei 8.884/94. Direito de preferência. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o Juízo Arbitral. Competência do Juízo". In: *Revista de arbitragem e mediação*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2005, pp. 207-229).

4.2.2.2 A redação da cláusula que institui a preferência

A par das regras gerais atinentes ao instituto da prelação, que também se aplicam ao pacto de preferência inserido em acordo de acionistas, e tendo em vista a complexidade que, em geral, gira em torno dos negócios societários, é recomendável que o pacto de preferência seja o mais minucioso possível.

Deve indicar, dentre outros elementos, os sujeitos do direito de preferência – a preferência poderá ser outorgada reciprocamente entre os signatários do acordo ou não. Também deve mencionar eventuais critérios de proporcionalidade das ações possuídas por cada um dos acionistas para o exercício da preferência e a ordem de seu exercício, o objeto do direito de preferência e os negócios jurídicos a que se refere, bem como a regulação do procedimento para o exercício da preferência: forma e conteúdo da notificação para preferência e da declaração de preferência, prazo para seu exercício, etc.. Nesse ponto, é possível prever, por exemplo, que a notificação para preferência deverá identificar o terceiro interessado na aquisição, em especial quando o objetivo do pacto for evitar o ingresso de pessoas indesejáveis no negócio[474].

Costuma-se dispor, também, que "não sendo exercida a preferência, a venda ao terceiro deverá ser consumada dentro de determinado prazo, sob pena de todo o processo ter de ser repetido"[475]. Além disso, o pacto deverá especificar se o direito de preferência será cessível ou não[476], bem como ressalvar eventuais alienações que não disparam a preferência,

---

[474] Cf. ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 164: "[t]ambém é possível que, se a preferência tiver sido instituída com o fim de preservar o *intuitu personae* na sociedade, o alienante seja obrigado a identificar o terceiro interessado". Em sentido semelhante, LOBO, Carlos Augusto da Silveira: "[a] oferta deve ser notificada às demais partes, sendo comum exigir-se também a identificação do ofertante, em vista do caráter *intuitu personae* do pacto" ("Acordo de acionistas", cit., p. 466).

[475] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Acordo de acionistas", cit., p. 467.

[476] Vale mencionar, neste ponto, interessante parecer proferido por José Edwaldo Tavares Borba ("Acordo de acionistas e princípio da boa-fé objetiva. Acordo de acionistas. Direito de preferência. Intransferibilidade desse direito. Princípio da boa-fé objetiva. Violação indireta do acordo. Reparação do dano". In: *Temas de direito comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 243-279). No caso concreto analisado pelo parecerista, os dois únicos acionistas da sociedade "USU" – "Nudus" (titular de 40% das ações) e "Kilger" (titular dos 60% restantes) –, celebraram acordo de acionistas com previsão de direito de preferência. Conforme relatado, diante da intenção manifesta da "Kilger" em alienar a integralidade de sua participação na "USU", "Nudus" firmou um "acordo estratégico" com um dos terceiros interessados na aquisição, "Passim". Por meio deste acordo, "Nudus" exerceria a preferência com recursos disponibilizados pela "Passim" e, logo após adquirir a participação antes detida pela "Kilger" – o equivalente a 60% das ações de emissão de "USU" –, repassaria 5/6 dessa participação, isto é, 50% das ações de emissão de "USU", a "Passim". Este "acordo estratégico", celebrado entre "Nudus" e "Passim", na visão do parecerista, representou nada mais do que a cessão do direito de preferência. E, partindo do pressuposto de que a preferência, sendo norma de exceção ao princípio da livre transmissibilidade das ações, deve ser interpretada restritivamente, concluiu o parecerista que, na falta de previsão expressa, ela seria personalíssima, não passível de cessão. Em suas palavras: "[...] a Nudus transferiu o seu direito de preferência

como as realizadas por alguma das partes a sociedades controladoras, controladas ou coligadas[477]. Poderá exigir, ainda, que "o terceiro ofertante adira ao acordo de acionistas, como condição prévia para adquirir as ações"[478]. Deverá especificar se o direito de preferência só será disparado diante de uma oferta de terceiro, ou se também será eficaz quando a alienação pretendida for realizada entre acionistas signatários do acordo[479].

No tocante ao preço para exercício da prelação, embora alguns autores entendam que é possível a sua fixação prévia no acordo de acionistas[480], esse tipo de pactuação descaracteriza a figura da preferência, já que a oferta concorrente de terceiro é elemento a ela inerente, a que o preferente deverá, para exercer seu direito, assegurar o "tanto por tanto". Como bem explica MODESTO CARVALHOSA, "não constará do ajuste o preço de venda das ações, que será fixado

---

para a Passim, mas, para manter o sigilo da operação, consciente que estava quanto à ilegitimidade dessa prática, manteve a operação em seu nome, e exerceu a preferência como se fora um núncio da Passim, pagando as ações, cujo direito de aquisição cedera à Passim, com recursos disponibilizados pela Própria Passim. Tem-se, pois, manifestamente delineado um quadro de cessão do direito de preferência. [...] No caso, a Nudus não exerceu a preferência para depois vender as ações. Cedeu a preferência previamente ao simulado exercício dessa preferência, e, ao adquirir as ações, no que concerne à parte cedida, não o fazia no seu interesse, mas sim no interesse de um terceiro, a Passim" (*Ibid*, pp. 262-263). Desta forma, tendo a "Nudus" violado a sua obrigação contratual de não ceder o direito de preferência, teria incorrido na prática de ato ilícito, abrindo à "Kilger" a possibilidade de pleitear indenização pelos prejuízos daí advindos. Os danos sofridos, como relata o parecerista, corresponderiam "à diferença entre o preço pago [pela "Nudus"] pelo bloco de ações e o valor a que teria chegado esse bloco de ações, não fora a interferência indevida da Nudus, acrescendo-se ao montante encontrado os juros relativos não só ao tempo decorrido para o pagamento do preço original, como os concernentes aos lucros cessantes apurados" (*Ibid*, p. 279). De fato, é razoável supor que, em procedimento de concorrência envolvendo diversos interessados na contratação, a interveniência do titular da preferência leve à redução do valor máximo das propostas. Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), em decisão que envolvia direito de preferência na renovação de contratos para aquisição dos direitos de transmissão televisiva de jogos de futebol: "[...] a cláusula de preferência remove o vigor da concorrência pelo mercado. Os benefícios que deixam de ser atingidos pela mitigação desta ocorrência são dois: 1) menor probabilidade de o 'player' mais eficiente, inclusive por maior e melhor diferenciação do produto, ganhar, fazendo perder a típica eficiência gerada por mecanismos impessoais de concorrência pelo mercado; 2) menores receitas para os clubes, que poderiam ser revertidas em melhores contratações e aprimoramento do espetáculo" (CADE, Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11, trecho do voto do conselheiro relator César Costa Alves de Mattos em 20.10.2010).

[477] Há acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo que a transferência de ações para outra sociedade integrante do mesmo grupo não viola a cláusula de preferência (Cf. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57). Nesse sentido: "[s]ociedade anônima. Constituição de sociedade integrante do mesmo grupo econômico. Transferência de ações. Permissibilidade. Preempção. A subscrição de quotas para composição de outra sociedade integrante do mesmo grupo econômico ("holding") não caracteriza transferência ou cessão proibida de ações, por acionistas a terceiros estranhos, eis que pela qualidade dos sujeitos, a operação não viola a objetividade jurídica da norma. Preempção inexistente. Embargos Infringentes rejeitados" (TJ/RS, 3º Grupo de Câmaras Cíveis, EI 594125767, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 01.09.1995, v.u.).

[478] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Acordo de acionistas", cit., p. 467.

[479] "Em alguns acordos o pacto de preferência só atua quando se trata de alienação de ações a terceiros; em outros, a preferência é prevista seja o ofertante terceiro ou outra parte" (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Acordo de acionistas", cit., p. 467).

[480] "Todavia, malgrado seja expresso o art. 1.149 do nosso CC [de 1916] em dizer que o direito de preferência exerce-se, tanto por tanto, em igualdade de condições com o preço ofertado pelo terceiro, regra, aliás, que se reforça com o disposto no art. 1.155, seguinte, temos que essa norma é dispositiva ('ius dispositivum'), e não cogente ('ius cogens'), podendo, assim, ser modificada pela vontade das partes" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Sociedade comercial: direito de preferência na venda de cota societária", cit., p. 48).

posteriormente, se e quando a parte quiser alienar". E complementa: "tal prefixação [do preço] contraria a própria natureza do negócio, que é exatamente o de ofertas de concorrentes, com preferência pessoal, e não econômica"[481].

Mesmo diante de um pacto de preferência minucioso, por vezes a situação concreta que se põe diante das partes não terá sido aventada quando da elaboração da cláusula. Outras vezes, a situação até foi prevista, mas a redação da cláusula, diante da situação concreta, dará margem a dupla interpretação, ou a interpretações não pretendidas pelas partes. Nos itens seguintes serão expostas duas dessas questões.

4.2.2.2.1 Quanto ao objeto do direito de preferência: o exercício da preferência deve incidir sobre a totalidade do objeto da oferta, ou pode incidir apenas sobre parte dele?

Como, em geral, os acordos de acionistas são assinados por uma pluralidade de partes, é necessário determinar, diante da outorga recíproca de direito de preferência, como ele será exercido na prática, diante da decisão de um dos signatários de alienar suas ações, retomando-se, assim, o disposto no Cap. II, item 3.3, *supra*. Nessa linha, é possível prever, por exemplo, que a preferência será exercida em uma ordem pré-determinada (primeiro o acionista "A", e, diante de sua manifestação negativa quanto ao exercício da preferência, o acionista "B", depois o "C", e assim por diante).

O mais usual, entretanto, é estabelecer que, quando um acionista pretender alienar suas ações, os demais signatários do acordo terão todos, simultaneamente, direito de preferência para adquiri-las, proporcionalmente à sua participação no pacto parassocial. Assim, por hipótese, em um acordo celebrado por cinco acionistas da companhia, cada qual com 20% das ações representativas de seu capital social, no caso de um deles decidir alienar suas ações, cada um dos quatro acionistas restantes terá direito de preferência sobre ¼ das ações objeto da alienação.

O que diversos acordos de acionistas acabam por não prever minuciosamente, gerando controvérsias de ordem prática, é o que fazer diante da manifestação positiva de parte dos

[481] *Acordo de acionista*, cit., p. 148 e p. 152. No mesmo sentido: CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*: homenagem a Celso Barbi Filho, cit., p. 292. Esclarece Álvaro Villaça Azevedo, a esse respeito, que é possível a estipulação prévia de preço de aquisição, embora, neste caso, não se trate de verdadeiro direito de preferência ("Direito de preferência na venda de cota societária". In: *Revista dos Tribunais*. V. 552. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1981, p. 48).

preferentes, e negativa dos demais. Diante dessa situação, a questão que se coloca é saber se os acionistas que se manifestaram positivamente ao exercício da preferência terão direito a adquirir as ações proporcionalmente à sua participação, pois neste caso o acionista que realizou a oferta não estará alienando todas as ações que almejava inicialmente.

Isto ocorreria, no exemplo antes referido, se dois dos quatro possíveis adquirentes se manifestassem positivamente, e os outros dois negativamente. Nesse caso, das ações representativas de 20% do capital social de propriedade do acionista alienante, 10% deveriam ser transferidas aos dois acionistas que exerceram a preferência, e os 10% restantes continuariam nas mãos do acionista alienante.

É possível chegar a, pelo menos, quatro diferentes conclusões quanto ao tratamento das sobras, diante dessa situação: (i) admitir-se-á que, no fim das contas, o direito de preferência poderá ser exercido sobre apenas parte do objeto da oferta; ou reconhecer-se-á que tal não é possível, exigindo-se que todas as ações objeto da oferta inicial possam ser alienadas. Neste caso, (ii) ou todos os potenciais adquirentes terão de exercer a preferência, sob pena de ela ser tida como não exercida, ficando o acionista alienante livre para transferir as ações a terceiros; (iii) ou os acionistas que se manifestaram positivamente terão a obrigação de adquirir as sobras de ações, proporcionalmente, de forma a que todas as ações objeto da oferta inicial possam ser alienadas; ou (iv) os acionistas que tiverem interesse em adquirir as ações deverão, diante da resposta negativa dos demais, propor-se a adquirir também as ações restantes, de forma a que todas as ações objeto da oferta inicial possam ser alienadas.

A primeira alternativa parece não ser a que melhor se coaduna com o instituto da preferência. Isso porque, quando o acionista alienante notifica os preferentes a respeito de sua intenção em alienar suas ações, já está presente um terceiro interessado na aquisição da totalidade de ações – a existência de um contrato projetado, em certos termos, com um terceiro, é elemento fundamental para o exercício do direito de preferência, como visto.

Assim, se se admitisse que o acionista alienante fosse obrigado a alienar suas ações apenas aos preferentes que se manifestaram positivamente, o contrato de alienação com os preferentes não equivaleria ao contrato celebrado com o terceiro, em claro prejuízo ao acionista alienante. De fato, não é irrazoável supor que o acionista alienante não conseguirá encontrar um comprador para adquirir as ações que sobraram em condições tão ou mais favoráveis quanto as contratadas com os preferentes. Isso porque, muitas vezes, o valor unitário da ação é calculado tendo em vista o bloco de ações que está sendo colocado à disposição para alienação.

Nessa linha de raciocínio, MARIA ISABEL DE ALMEIDA ALVARENGA explica o seguinte:

> "Em regra, o direito de preferência não é suscetível de fragmentação, podendo ser exercido apenas sobre a totalidade do objeto da oferta. Assim é porque é da essência do direito de preferência que ele se exerça tanto por tanto, de forma que o direito que assiste ao preferente é, unicamente, ser preferido em igualdade de condições com terceiros. Não pode ele, assim, optar por exercer a preferência sobre objeto diverso daquele que foi objeto da oferta, ou sobre um número de ações inferior àquele que o terceiro se propõe a adquirir. A admissão de tal possibilidade implicaria modificação da oferta feita, que equivale ao não exercício do direito de preferência"[482].

A terceira alternativa, igualmente, parece não estar em consonância com o regramento jurídico do direito de preferência, pois assim como o sujeito passivo não está obrigado a alienar ao preferente apenas parte do objeto da oferta, o preferente também não está obrigado a adquirir as ações ofertadas. Assim, se originalmente cada um dos potenciais adquirentes tinha direito a exercer a preferência sobre ¼ das ações objeto da oferta, sua manifestação positiva não pode significar que, diante da manifestação negativa dos demais, ele estará obrigado a adquirir quantidade maior de ações do que inicialmente almejava.

Restam, assim, a segunda e a quarta alternativas. Dentre elas, parece mais razoável tender para a última solução, pois exigir que todos os potenciais adquirentes exerçam a preferência para que o direito se concretize (segunda solução) não traz nenhuma vantagem para o acionista alienante, quando comparada com a quarta solução. Diante dessas considerações, parece que o ideal é admitir que, como é descabido exigir que o alienante se sujeite a vender menos ações do que a quantidade originalmente oferecida, nos termos do contrato projetado com o terceiro, os acionistas que tiverem interesse em adquirir as ações possam, diante da resposta negativa dos demais, propor-se a adquirir também as ações restantes, de forma a que todas as ações objeto da oferta inicial sejam a eles transferidas. É esta, aliás, a solução aventada pelo legislador ao tratar do pacto de preempção, quando prevê que, quando o direito de preempção for estipulado a favor de duas ou mais pessoas, a preferência somente poderá ser exercida com relação à coisa no seu todo. Se, entretanto, algum dos preferentes perder ou não exercer seu direito, "poderão as demais utilizá-lo" (artigo 517 do Código Civil, parte final). Esta solução não prejudica o sujeito passivo, que terá alcançado o seu objetivo (alienar todas as ações ofertadas), e tampouco os acionistas adquirentes, podendo, assim, ser aplicada ao pacto de preferência inserido em acordos de acionistas. O autor CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO parece concordar com esta conclusão, ao afirmar que o acordo de acionistas deverá prever

[482] *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 171.

> "uma ordem de prioridade sucessiva entre as partes para adquirir todas as ações objeto da oferta, ou o rateio, para que cada parte possa adquirir uma parcela das ações ofertadas proporcional à quantidade de ações que já possui, partilhando-se também as ações que tocariam à parte que não manifestou sua preferência. Se nenhuma das demais partes exercer a preferência, a parte notificante poderá vender as ações ao ofertante ao mesmo preço e nas mesmas condições referidas na notificação"[483].

Não é possível extrair, do comentário do autor, se para ele, "se nenhuma das demais partes exercer a preferência", (i) o acionista alienante ficará livre para transferir a terceiros a *totalidade das ações objeto da oferta*, como se preferência alguma tivesse sido exercida, ou (ii) se estará o alienante obrigado a alienar aos preferentes que se manifestaram positivamente parte das ações objeto da oferta, na proporção das ações que possuírem, ficando livre para transferir a terceiros apenas as sobras de ações. Ao que tudo está a indicar, a primeira alternativa parece ser a que melhor se ajusta ao instituto da preferência, pelas razões expostas nos parágrafos anteriores.

É claro que, no caso concreto, pode haver peculiaridades capazes de afastar a solução que ora se defende, tendo em vista, principalmente, a redação da cláusula contratual que institui a preferência.

Situação diversa é a que ocorre quando o objeto do contrato projetado com o terceiro ultrapassa o âmbito do acordo de acionistas. Por outras palavras, um dos acionistas signatários do acordo decide alienar a terceiro não só suas ações afetadas ao pacto parassocial, mas também, e conjuntamente, outros bens – ações ou não. Neste caso, indaga-se se os demais signatários, para exercerem a preferência, devem estar dispostos a adquirir, em igualdade de condições, a integralidade do objeto da oferta, ou se poderão exercer a preferência apenas sobre as ações afetadas ao acordo de acionistas. A questão não é pacífica.

ARNOLDO WALD já teve que manifestar sua opinião a esse respeito, em parecer jurídico. No caso concreto, como relata o autor, a consulente "AB", companhia controladora da sociedade limitada "ABC", celebrou com terceiros um projeto de contrato de compra e venda de quotas e de ações nos termos do qual foram estabelecidas "as condições da alienação pela vendedora para as compradoras, da totalidade das quotas representativas do capital da ABC"[484]. Esta, por sua vez, detinha participação acionária em sete companhias distribuidoras de gás, e em todas elas havia acordos de acionistas com pactos de preferência.

---

[483] "Acordo de acionistas", cit., p. 467.

[484] "Do regime jurídico do direito de preferência decorrente de acordo de acionistas: da inviabilidade do exercício do direito de preferência sobre parte do objeto da oferta". In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2006, p. 118.

Diante da pretensa alienação, o negócio foi comunicado aos demais acionistas signatários dos pactos parassociais dessas sete companhias, para exercerem seu direito de prelação, se quisessem. Ainda segundo o autor, "na oferta dirigida aos acionistas acordantes, as consulentes explicitaram que o direito preferencial de compra destes sócios deveria ser exercido para a aquisição da totalidade (e não parte) do lote de ações, nos termos e condições propostos pelas compradoras"[485].

A consulta dizia respeito, então, à possibilidade, ou não, de qualquer dos preferentes exercer seu direito de prelação sobre apenas parte do objeto da oferta – no caso, apenas sobre as ações da companhia de gás de que o acionista adquirente fizesse parte –, não se exigindo que a preferência fosse exercida com vistas à aquisição das ações de titularidade de "ABC" em todas as sete companhias distribuidoras.

Em seu parecer, concluiu o autor pela resposta negativa. Seus principais argumentos foram (i) o fato de ser fundamental, no direito de preferência, a paridade de condições com a oferta do terceiro – no caso concreto, o terceiro estava disposto a adquirir as ações de todas as sete companhias distribuidoras de gás –, e (ii) o fato de as ações objeto de alienação representarem o bloco de controle. Assim, a venda fracionada do bloco de ações não traria ao vendedor o mesmo proveito econômico que a alienação integral do bloco. Em suas palavras:

> "No caso da consulta, não há a menor dúvida de que o conjunto de ações da vendedora não pode ser fracionado sem que se perca parte do seu valor, correspondente à sua participação relevante no bloco de controle da sociedade. [...] [S]eja em face da interpretação sistemática das cláusulas dos acordos de acionistas, [...] seja em razão da indivisibilidade econômico-jurídica do bloco de ações objeto da oferta aos preferentes, não é admissível o exercício do direito de preferência sobre parte do bloco de ações ofertadas. Se apenas um dos titulares do direito de preferência exercer o seu direito, a parcela que caberia ao outro acionistas poderá acrescer à do primeiro, de modo a viabilizar o exercício da preferência sobre a totalidade das ações ofertadas"[486].

Abstraído o argumento econômico, a posição do parecerista não está imune a críticas. Com efeito, é possível entender, por outro lado, que apesar de ser da essência do instituto o exercício do direito em paridade de condições com a oferta de terceiro, esta paridade diz respeito ao bem objeto do pacto de prelação, não estando o preferente obrigado a cobrir toda e

[485] "Do regime jurídico do direito de preferência decorrente de acordo de acionistas: da inviabilidade do exercício do direito de preferência sobre parte do objeto da oferta", cit., p. 119.
[486] "Do regime jurídico do direito de preferência decorrente de acordo de acionistas: da inviabilidade do exercício do direito de preferência sobre parte do objeto da oferta", cit., p. 136.

qualquer oferta de terceiro, como aquela que inclui bens outros não englobados pelo pacto de preferência.

Nessa linha, no caso concreto analisado pelo parecerista, exigir que o acionista de uma das sete companhias – que, por força de acordo de acionistas, tem direito de preferência para adquirir as ações dos demais signatários em caso de alienação – seja obrigado a adquirir as ações de todas as sete sociedades das quais o alienante faz parte, apenas porque o negócio projetado com o terceiro assume tais dimensões, seria impor ao preferente um ônus injustificável.

Visando impedir situações como esta, alguns acordos de acionistas contêm previsão específica a esse respeito. Parte deles simplesmente impede que as ações afetadas ao acordo sejam alienadas em conjunto com outros ativos. Outros até permitem a alienação, mas preveem um mecanismo para que os demais signatários do pacto parassocial adquiram, se quiserem, apenas as ações objeto do acordo.

A grande dificuldade prática do exercício da preferência quando o negócio projetado com terceiro abrange ativos adicionais é a determinação do preço, pois o terceiro interessado, no mais das vezes, oferece um valor global para a aquisição, sem definir a parcela do preço que é referente a cada um dos bens objeto do negócio. O mecanismo previsto nos acordos de acionistas funciona, justamente, para superar a dificuldade, estabelecendo condições para a determinação do preço. Permite-se, assim, aos demais signatários do pacto parassocial adquirir as ações, ainda que não se trate de exercício típico do direito de preferência.

No ordenamento jurídico português, a alienação de bem sujeito à prelação conjuntamente com outros vem regulada no artigo 417.º do Código Civil, que dispõe o seguinte: "[s]e o obrigado [sujeito passivo] quiser vender a coisa [sujeita à preferência] juntamente com outra ou outras, por um preço global, pode o direito [de prelação] ser exercido em relação àquela pelo preço que proporcionalmente lhe for atribuído, sendo lícito, porém, ao obrigado exigir que a preferência abranja todas as restantes, se estas não forem separáveis sem prejuízo apreciável". Assim, nas palavras de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, em princípio, "o preferente tem direito a celebrar com o vinculado à preferência o contrato projectado tendo por objecto apenas a coisa sujeita à prelação, sendo a contrapartida devida calculada proporcionalmente". Não obstante, "a lei atribui ao sujeito passivo a possibilidade de se opor ao exercício de tal faculdade, restando ao preferente a celebração do negócio nas

condições ajustadas com terceiro, sem separação das coisas, desde que esta separação não seja possível sem prejuízo apreciável"[487].

Seguindo a orientação do direito português, afirma PAULO LUIZ NETTO LÔBO, ao tratar do pacto de preempção, que "se o terceiro tiver oferecido preço global a várias coisas, incluindo a coisa a que se refere o direito de preferência, o titular do direito terá de satisfazer a parte correspondente ao referido preço". Entretanto, "o comprador primitivo [sujeito passivo] poderá exigir que a preferência se estenda a todas as coisas que não possam ser separadas daquela, sem prejuízo para ele"[488]. No mesmo sentido, mas seguindo a orientação do direito alemão então vigente, explica MARIO NEVES BAPTISTA que se a alienação ajustada com terceiro envolver outros bens, e não apenas o sujeito à preferência, "tem o preemptor o direito de exigir a separação da coisa, afim de ser avaliada em separado, e poder, deste modo, o titular da preferência usar do direito". Se, entretanto, o sujeito passivo "demonstra prejuízo de qualquer natureza com a venda em separado, tem o direito de exigir seja a preempção exercida com relação a todas as coisas a vender, pelo preço global estipulado com o terceiro"[489]. PONTES DE MIRANDA não vai tão longe. Referindo-se também ao pacto de preempção, afirma apenas que "se o bem, que foi ou vai ser vendido a terceiro, está no contrato conjuntamente com outros, por um só preço, o titular do direito de preempção tem que pagar a parte proporcional"[490].

---

[487] *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 402.

[488] "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 178. Tem-se notícia de interessante precedente que, apesar de tratar de preferência inserida em contrato social de sociedade limitada, de certa forma reitera a afirmação do autor. No caso concreto, Juan, José e Gonzalo figuravam como únicos sócios de quatro sociedades limitadas com atuação no mercado de embalagens de papelão. Um deles, Gonzalo, tendo decidido sair do negócio, notificou os demais, Juan e José, para que pudessem exercer seu direito de preferência, previsto nos contratos sociais de cada uma das quatro sociedades limitadas. Para tanto, apresentou um preço global de R$30.000.000,00 (trinta milhões de reais), conforme oferta de terceiro. Diante desta situação, Juan e José ajuizaram medida cautelar para impedir a cessão das quotas ao terceiro, exigindo a discriminação dos valores das quotas de titularidade de Gonzalo em cada uma das quatro sociedades, para que pudessem, então, decidir se iriam, ou não, exercer a prelação. No julgamento do agravo, o tribunal considerou que, apesar de as quatro sociedades não constituírem um grupo formal, elas formavam um todo unitário. Desta forma, os autores da medida cautelar não estariam "em condições de fragmentar o direito do sócio que pretende ceder as suas quotas". Assim, decidiu-se o seguinte: "[...] notificados para o exercício de preferência, de modo não o exercendo, permitem a livre negociabilidade, porque a renúncia deste privilégio implica em anuência com a substituição ou entrada de um terceiro (art. 334 do Código Comercial). Dado o aviso e expirado o prazo de preferência, o sócio poderá ceder suas quotas a terceiros" (TJ/SP, 3ª CDPriv., AI 9033372-16.2002.8.26.0000 (232.213-4/4), Rel. Des. Enio Zuliani, j. 06.06.2002, v.u.).

[489] *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*, cit., pp. 100-101.

[490] *Tratado de direito privado*. T. XXXIX, cit., p. 287.

4.2.2.2.2 Quanto aos negócios jurídicos abrangidos pelo pacto de preferência

Conforme exposto no primeiro Capítulo deste trabalho, a definição dos negócios jurídicos abrangidos pelas preferências legais, dadas as regras de hermenêutica que regem as normas que as preveem, de caráter excepcional, não é tarefa das mais árduas. Grosso modo, estarão abarcados os negócios jurídicos previstos no próprio dispositivo, sendo limitada a margem para analogias[491].

Por outro lado, com relação aos direitos de preferência de origem convencional – de que é espécie a preferência inserida em acordos de acionistas –, não é tão simples estabelecer, *a priori*, os negócios jurídicos alcançados pela cláusula que institui a preferência, sendo necessário avaliar a intenção das partes ao pactuá-la.

Diversamente do que ocorre com os direitos de preferência de origem legal, que, em regra, só adquirem efetividade diante da intenção do sujeito passivo em celebrar o tipo contratual previsto na norma, o pacto de preferência inserido em acordo de acionistas poderá prever que o direito de prelação será disparado diante de qualquer espécie de negócio jurídico translativo de propriedade das ações, desde que, é claro, coerente com o instituto da preferência (caso contrário, estar-se-á, provavelmente, diante de figura atípica).

Os pactos parassociais, de maneira geral, visando mesmo a evitar discussões futuras, estabelecem de modo minucioso os tipos de contratos preferíveis. Podem incluir (i) negócios jurídicos gratuitos, a exemplo da doação, (ii) a conferência de bens para integralizar capital de outra sociedade, (iii) a permuta, dentre outros. Em grande parte dessas situações, não se estará diante de direito de preferência típico[492], por estar ausente a possibilidade de seu exercício em paridade de condições, essencial ao instituto. Nesses casos, o próprio acordo de acionistas, que estará criando um direito atípico, já preverá que "se as ações forem alienadas por negócio que não implique definição de um valor em moeda (doação, fusão, incorporação, cisão), os demais acionistas podem optar por comprá-las por valor determinado segundo critérios estabelecidos no pacto"[493].

---

[491] As possíveis analogias, em se tratando de preferências legais, foram expostas no Cap. I, item 5.1, *supra*.

[492] Em sentido contrário: ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida: "é possível que o contrato preveja direito de preferência para a aquisição de ações em caso de outras modalidades de transferência de ações que não a compra e venda e a dação em pagamento, como é o caso da permuta, doações, cessões gratuitas *inter vivos*, cessões *causa mortis*, conforme Comparato (1976, p. 151-152) e conferência de bens, caso em que deverão, também, criar regras relativas ao preço que possibilitem o exercício do direito de preferência e não o tornem impossível" (*Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 162).

[493] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Acordo de acionistas", cit., p. 468.

Assim, por exemplo, quando os acionistas estabelecem que haverá "direito de preferência" se um deles decidir doar suas ações, os demais signatários do pacto terão a oportunidade de adquiri-las nas condições previamente convencionadas no acordo, que ou estabelecerá um preço de aquisição, ou a forma de atingi-lo. Após a aquisição, o acionista alienante poderá, a seu critério, doar a terceiro o produto da alienação.

Fica claro que esse tipo de pactuação, ainda que apareça sob a insígnia "direito de preferência", de típica prelação não se trata. Não há, no caso, nem a oferta de terceiro, tampouco o exercício da preferência em paridade de condições, já que a doação, se fosse realizada, o seria sem contrapartida financeira do donatário[494].

Para além das alienações a título gratuito, e visando a evitar fraudes ao exercício da prelação, não é incomum encontrar, nos acordos de acionistas, cláusulas prevendo que o "direito de preferência" dos signatários também será disparado caso um deles decida utilizar suas ações para integralizar o capital de outra sociedade. Este tipo de previsão costuma facultar aos signatários do acordo a aquisição das ações que seriam objeto da integralização de capital, mediante o pagamento de preço previamente determinado ou determinável no pacto parassocial. Também nesta situação não se estará diante de típico direito de preferência, por faltar, assim como nas alienações gratuitas, a possibilidade de exercício do direito em paridade de condições. Em artigo dedicado ao tema, esclarece ARNOLDO WALD que o direito de preferência não alcança as integralizações de capital, salvo previsão expressa no acordo de acionistas:

> "Quer se trate [a integralização de capital] de contrato *sui generis* ou de troca, a preferência não pode ser exercida pelo fato de pressupor a mesma, como já vimos, a identidade de pagamento entre o terceiro e o titular do direito de preempção. Esse preço não seria representado, no caso, por dinheiro, mas sim por quotas ou ações de uma outra empresa e tal situação, por si só, exclui a possibilidade do exercício do direito de preferência, que pressupõe a fungibilidade da prestação. [...] [N]a realidade, a incorporação

[494] Não obstante, em precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo que tratava de direito de preferência para a aquisição de quotas de sociedade limitada, o relator concluiu que o contrato de doação também deveria disparar a prelação, caso contrário, seria fácil burlar a cláusula contratual: "[d]oação. Cotas sociais. Direito de preferência dos demais sócios. Previsão no contrato social. Ato ineficaz. [...]. A doação de cotas sociais, mesmo gratuita, não elimina o direito de preferência dos demais sócios, previsto no contrato social. [...] O fato da cessão das cotas ter sido gratuita, consubstanciando uma doação, quiçá inoficiosa, não elimina o direito de preferência, mas, ao reverso, o valoriza, uma vez que, a prosperar o argumento, um mero subterfúgio teria o condão de desnaturar a cláusula contratual, com a autoridade para eliminar formalidade imperativa" (TJ/SP, 10ª CDPriv., AC 43.840-2, Rel. Des. Prado Rossi, j. 21.09.1982, v.u.. In: *Revista dos tribunais*. V. 568. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 1983, p. 49). O julgado não esclareceu, entretanto, o mecanismo para o exercício deste "direito de preferência".

> de bens para realização de capital importa em permuta dos bens investidos por ações da nova empresa constituída"[495].

Há, todavia, ao menos uma hipótese em que é admissível cogitar de típico direito de preferência, não obstante se estar diante de potencial integralização de capital social. É que se o preferente for capaz de entregar ao acionista alienante ações da companhia que está sendo capitalizada – basta pensar na hipótese de integralização de ações de companhia aberta, em que são fungíveis as participações societárias de mesma espécie e classe –, se estará diante de típico exercício de direito de preferência[496].

Para além das considerações exaradas nos parágrafos anteriores – relativas a alienações gratuitas, integralização de capital e permuta –, que, a bem da verdade, aplicam-se a qualquer modalidade de direito de prelação de origem convencional, no próximo item será abordada uma problemática típica de direito de preferência para aquisição de ações inserido em acordo de acionistas. Trata-se da inclusão, nos pactos parassociais, de cláusula que estende o direito de preferência dos acionistas signatários às hipóteses de "transferências indiretas de participação".

4.2.3 *Direito de preferência nas transferências indiretas de participação ("alienações em cadeia")*

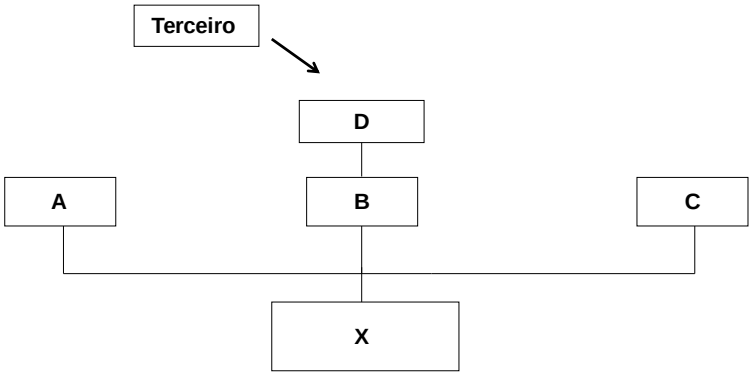
Com a criação dos grupos societários e a proliferação de subsidiárias e sociedades controladoras ("holdings"), passou-se a questionar se o direito de preferência previsto em acordos de acionistas deveria, ou não, incidir nas transferências de ações realizadas por controladora, direta ou indireta, de uma das partes signatárias, isto é, diante de operação ocorrida em nível superior da cadeia societária desta parte. Por outras palavras, indaga-se se os signatários de pactos parassociais teriam direito de preferência para adquirir ações não

---

[495] "O direito de preferência e a incorporação de ações em outra sociedade". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1982, p. 11 e p. 13. Com relação ao direito de preferência do locatário de imóvel urbano, o artigo 32 dispõe expressamente, em seu *caput*, que a preferência não alcança os casos de integralização de capital, cisão, fusão ou incorporação.

[496] É possível chegar à conclusão semelhante quando, em vez de integralização de capital, se estiver diante de contrato de permuta. Em princípio, este tipo contratual não dispararia a preferência, por estar ausente, mais uma vez, a possibilidade de exercício do direito em paridade de condições, ínsita ao instituto. Quando, contudo, a prestação do terceiro, potencial adquirente das ações, for fungível, é possível que o preferente seja capaz de cobrir a oferta daquele, e neste caso se estará diante de típico exercício de direito de preferência.

apenas ante a potencial alienação de ações de emissão da própria companhia objeto do acordo, como também ante a potenciais transferências de participação de titularidade das sociedades controladoras das partes signatárias. Para ilustrar a hipótese, confira-se o esquema a seguir:



Em que "A", "B" e "C" são os signatários do acordo de acionistas, "X" é a companhia objeto do acordo, "D" é a sociedade controladora do acionista "B" e "Terceiro" é o potencial comprador, interessado em adquirir ações de propriedade de "D". O que se busca averiguar, então, é se, diante (i) da existência de acordo de acionistas celebrado entre "A", "B" e "C", acionistas da sociedade "X", com previsão de direito de preferência recíproco entre eles e (ii) da potencial alienação de ações de propriedade de "D", acionista controlador de "B", os demais pactuantes do acordo, isto é, "A" e "C", poderão exercer o direito de preferência.

A princípio, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto e diante do silêncio do acordo de acionistas a esse respeito, "não se pode estender o direito de preferência às denominadas alienações indiretas de ações"[497]. De fato, tratando-se de preferência convencional, é razoável interpretar que, se os acionistas ("A", "B" e "C") se limitaram a prever a preferência para o caso de alienação de ações de emissão da companhia objeto do acordo ("X"), "e não para as hipóteses de eventuais transferências de ações de emissão das sociedades que são suas acionistas (especialmente a "holding" controladora) ["D"] é porque, em regra, essa era a sua intenção"[498].

[497] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 199.
[498] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., pp. 194-195. Para Dominique Velardocchio-Flores, a cláusula de preferência, em se tratando de acordos de acionistas, deve ser interpretada restritivamente, tendo em vista o princípio da livre circulação das ações, ínsito às sociedades anônimas (*Les accords extra-statutaires entre associés*. Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 163). De maneira semelhante pensa Antônio Junqueira de Azevedo, para quem a função supletiva da boa-fé, no pacto de preferência, assume papel menor, pois "sendo o pacto uma restrição de direito, não cabe integração do pacto por analogia" ("Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres". In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132). No mesmo sentido: SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Le droit de preemption*, cit., pp. 370-371. E ainda: "previsões de cláusulas restringindo o direito de transferir as

Não obstante, com o escopo de reduzir o campo de atuações fraudulentas – por exemplo, com a criação de sociedade "holding" pura[499], com o único objetivo de frustrar o exercício do direito de preferência[500] –, muitos acordos de acionistas passaram a estender expressamente o direito de prelação às chamadas alienações indiretas de ações, estabelecendo que nenhuma transferência de participação societária nas controladoras diretas e indiretas das partes signatárias poderá ser realizada sem antes ser concedido direito de preferência aos demais pactuantes do acordo parassocial[501].

Esse tipo de pactuação pode dar margem a enormes controvérsias de ordem teórica e prática. Uma delas tem relação com o sujeito passivo do pacto de preferência nesses casos. É forçoso recordar, nesse ponto, que somente acionistas estão legitimados a celebrar pactos parassociais típicos, e não integram o conceito de acionistas os seus controladores, diretos ou indiretos[502]. Mesmo quando as sociedades controladoras das partes assinam o acordo de acionistas, elas figuram como simples intervenientes-anuentes, e por esta razão não assumem obrigações de forma direta[503].

---

ações são interpretadas estritamente pelos tribunais, pois as ações são, *prima facie*, livremente transferíveis. Assim, o direito de transferir as ações somente pode ser limitado por previsões expressas nesse sentido". Tradução livre. No original: "[p]rovisions in the articles restricting the right to transfer shares are construed strictly by the courts because shares are *prima facie* freely transferable. Accordingly, the right to transfer shares can be cut down only by use of clear words to that effect" (STEDMAN, Graham & Janet Jones. *Shareholders' agreements*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 26).

[499] A "holding" pura é a sociedade controladora que possui como único ativo a integralidade das ações de sua controlada. No exemplo aventado, seria o caso de "D" possuir, unicamente, as ações de emissão de "B". Como ressalta Maria Isabel de Almeida Alvarenga, "se a sociedade cujas ações são objeto de alienação não é uma 'holding' pura, mas sim sociedade que explora ativamente uma atividade empresarial, que controla inúmeras outras sociedades ou detém diversos outros ativos, há uma razão econômica para a alienação das ações da 'holding', não se identificando a utilização de tal forma jurídica apenas para frustrar o direito de preferência para aquisição das ações" (*Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 203).

[500] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 199.

[501] Cláusulas com este teor costumam apresentar a seguinte redação: "nenhuma das Partes ("A", "B" ou "C"), direta ou indiretamente, alienará ou, de qualquer modo, transferirá, seja direta ou indiretamente, todas ou quaisquer de suas ações na Companhia ("X"), sem antes conceder direito de preferência às demais. Nenhuma transferência de participações societárias nas Partes ou suas controladoras diretas ("D") ou indiretas terá validade quando resultar a quebra das restrições a transferências contidas neste acordo".

[502] A rigor, a noção de acionista indireto sequer encontra fundamento no direito societário brasileiro. No âmbito das alienações de controle de companhia aberta, em que se cogita da aplicação do disposto no artigo 254-A da LSA, muito se debate a respeito do conceito de controle indireto. Em resumo, discute-se se a alienação do controle indireto de determinada sociedade configuraria a transferência do controle societário da companhia controlada. De fato, a lei reconhece algumas manifestações deste chamado controle indireto, como, por exemplo, nos artigos 243, § 3º, e 265, § 1º, da LSA. Se é verdade que o controle indireto opera efeitos jurídicos, o mesmo não se pode dizer sobre o conceito de ação indireta, ou de acionista indireto, ausente em nosso sistema jurídico.

[503] Discorda-se, nesse ponto, de Maria Isabel de Almeida Alvarenga, para quem seria possível vincular os controladores das partes signatárias ao acordo de acionistas: "caso a sociedade seja integrante de grupo de controle, pode-se prever que também é sujeito passivo do direito de preferência o controlador da sociedade acionista 'holding', como forma de estender a preferência à chamada alienação indireta de ações. Ainda nesse caso, porém, deve-se prever expressamente tal extensão e obter a anuência do controlador, tendo em vista o caráter personalíssimo do direito de preferência" (*Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 155).

Diante dessa dificuldade, um caminho possível é considerar que os sujeitos passivos do direito de preferência serão os próprios acionistas signatários do acordo ("A", "B" e "C"), o que, entretanto, conduz a outro problema: diante de uma potencial alienação indireta de participação societária na cadeia de controle de uma das partes (no exemplo, ações detidas por "D"), o sujeito passivo – signatário do acordo de acionistas (no exemplo, "B") – não poderá ofertar aos demais ("A" e "C") as ações objeto da alienação, pela simples razão de que ele ("B") não é o titular de tais participações, mas sim seu controlador ("D")[504].

A segunda questão tem relação com o objeto e o mecanismo para o exercício do direito de preferência. Para MARIA ISABEL DE ALMEIDA ALVARENGA, "a alienação indireta das ações da sociedade controlada não significa outra coisa que não a alienação direta das ações ou quotas da sociedade controladora"[505]. Assim, a única forma de se assegurar típico direito de preferência aos acionistas da sociedade objeto do acordo ("A" e "C") em caso de alienação indireta de ações seria "prever direito de preferência para as ações de emissão da sociedade 'holding' ["D"], uma vez que são essas ações que estão sendo objeto de alienação"[506]. Esta solução, entretanto, muitas vezes não é razoável sob o ponto de vista econômico, pois os signatários do acordo de acionistas ("A" e "C") terão direito de adquirir ações de uma das sociedades controladoras ("D"), da qual nunca fizeram parte[507]. Esta espécie de pactuação, além disso, extrapolará os limites subjetivos e objetivos do acordo de bloqueio. Subjetivos, pois o sujeito passivo da preferência será a sociedade controladora de uma das partes signatárias; objetivos, pois as ações sobre as quais recairá a preferência não serão ações de emissão da companhia objeto do acordo.

Considerar, por outro lado, que diante de uma alienação em nível superior da cadeia de controle de um dos acionistas signatários do acordo, ele próprio ("B") deverá conceder "direito de preferência" para que os demais ("A" e "C") adquiram, proporcionalmente, ações da companhia objeto do acordo ("X"), acabaria por desvirtuar o regime jurídico da preferência. Isto porque, por conta de uma transferência de participação societária em sua cadeia de controle, o sujeito passivo – acionista signatário do acordo ("B") – seria obrigado a

---

[504] A não ser que o acordo de acionistas estivesse a estabelecer uma promessa de fato de terceiro (artigos 439 e 440 do Código Civil), em que os acionistas signatários se obrigariam a conseguir de seus controladores a concessão de preferência em caso de alienação.

[505] *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 198.

[506] ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 198.

[507] A principal razão pela qual não é economicamente razoável que se permita aos acionistas da companhia objeto do acordo, no caso, "A" e "C", adquirir ações de "D", controlador direto de "B", é que "D", em grande parte das vezes (a não ser que se trate de "holding" pura), será titular não só das ações de emissão de "B", como também de diversos outros ativos (por exemplo, participação em diversas outras sociedades). Ativos esses que "A" e "C" jamais foram titulares, nem tiveram qualquer ingerência.

alienar suas próprias ações (de emissão de "X"), contra a sua vontade. E, como visto, quando se institui uma relação convencional de preferência, o sujeito passivo mantém a sua liberdade de decidir se quer, ou não, contratar.

Optando-se por seguir este caminho, as ações sobre as quais recairá a preferência – isto é, ações de emissão da companhia objeto do acordo de acionistas ("X"), de titularidade de um dos signatários ("B") –, não coincidirão com as ações que estarão sendo alienadas ao terceiro – isto é, ações de titularidade da sociedade controladora ("D") dessa mesma parte signatária ("B"). Não será possível, ainda, atender ao "tanto por tanto" ínsito ao instituto da preferência. Como o terceiro pretende adquirir ações de propriedade da sociedade controladora de uma das partes signatárias, ele não terá realizado uma oferta para aquisição de ações de propriedade de uma de suas controladas, decorrendo, daí, uma dificuldade quanto à fixação do preço para o exercício da "preferência".

Em grande parte das vezes[508], a sociedade controladora ("D") – cujas ações o terceiro pretende adquirir – controla diversas outras sociedades, o que representa um conjunto de ativos muito maior e mais valioso do que as ações de uma de suas controladas individualmente considerada[509]. Assim, referindo-se o preço oferecido pelo terceiro às ações titularizadas pela sociedade "holding" ("D"), torna-se extremamente difícil identificar a parte do preço que corresponde ao valor das ações titularizadas por uma das sociedades controladas ("B")[510], para fins de exercício da "preferência".

Além disso, como o objeto da oferta do terceiro (ações de emissão de "B", de titularidade da sociedade controladora "D") não é o mesmo que o objeto do exercício do "direito de preferência" (ações de emissão da sociedade objeto do pacto parassocial "X", de titularidade de "B"), mesmo após o seu exercício pelos preferentes seria possível ao terceiro

---

[508] A não ser que se trate de sociedade "holding" pura.

[509] Aponta-se como solução, para esse caso, a pré-fixação do preço de exercício da preferência. Entretanto, como já tivemos oportunidade de expor, esta pré-fixação descaracteriza o instituto da preferência (Cf. ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*, cit., p. 168).

[510] Nas palavras de José Luiz Bulhões Pedreira, não é possível "identificar, no valor do controle direto da sociedade de comando [controladora], a parte que corresponde ao valor do poder de controle indireto de uma das sociedades do grupo. [...] O grupo [de sociedades] é um sistema e o valor do bloco de controle da sociedade de comando é composto de diversos valores: a) o valor das ações ou quotas da sociedade de comando, consideradas como objetos de direito distintos, que tem fundamento nos direitos de participação nessa sociedade ou é definido pelas trocas no mercado; b) o valor do poder de controle direto da sociedade de comando; c) o valor do poder de controle indireto de cada uma das sociedades do grupo; e d) o valor do poder de controle do grupo, como sistema, que não é necessariamente igual à soma do valor do poder de controle de cada uma das sociedades que o compõem. Essa multiplicidade de valores explica porque é impossível – mesmo conceitualmente – encontrar fundamentos objetivos para identificar no valor do bloco de controle da sociedade de comando o valor do poder de controle indireto de cada uma das sociedades do grupo. Essa impossibilidade [...] não é peculiar ao grupo de sociedades, mas ocorre sempre que se procura reduzir o valor de um sistema de bens ao valor de cada um de seus elementos" ("Cessão de quotas de 'holding' de companhia aberta". In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* V. 2. Parte III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 627).

adquirir as ações da sociedade controladora ("D"). Esta peculiaridade afasta-se, mais uma vez, do *modus prelationis*, em que o exercício da preferência frustra a aquisição do bem pelo terceiro, potencial adquirente.

Como mencionado, quando as partes não preveem que as alienações indiretas estão abrangidas pelo pacto de preferência, não parece possível, como regra, estender o direito a estas hipóteses, salvo se restar comprovado ter sido esta a vontade inequívoca das partes[511].

[511] Tem-se notícia de precedente nesse sentido, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No caso concreto, MPE Gestão Empresarial Ltda. ("MPE"), acionista da Empresa Brasileira de Solda Elétrica ("EBSE"), era titular de um direito de preferência, previsto em acordo de acionistas, em face do Banco do Estado do Rio de Janeiro ("BERJ"), também acionista da EBSE. Diante da alienação das ações de emissão do BERJ, titularizadas pelo Estado do Rio de Janeiro, MPE entendeu ter sido preterido no exercício de sua preferência. Como, entretanto, não houve alienação das ações de emissão da EBSE, mas sim alienação das ações de emissão do BERJ, concluiu-se não ter havido afronta ao direito de preferência previsto no acordo de acionistas (TJ/RJ, 17ª CC, AI 0023695-95.2011.8.19.0000, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 28.09.2011, v.u.). Trechos do voto: "[...] A agravante, MPE Gestão Empresarial Ltda., e o agravado, Banco do Estado do Rio de Janeiro – BERJ – em liquidação, são acionistas da Empresa Brasileira de Solda Elétrica. Os aludidos acionistas celebraram acordo, que previu a preferência pela MPE Gestão Empresarial Ltda. para a compra das ações da Empresa Brasileira de Solda Elétrica. Alega o agravante que o Banco do Estado do Rio de Janeiro realizou a alienação da totalidade de suas ações e isso implicará a transferência das ações da Empresa Brasileira de Solda Elétrica ao novo controlador do banco, sem que se observasse o direito de preferência do recorrente. Postas tais considerações, não assiste razão o agravante. Em verdade, o que se verifica na hipótese não é a venda de ações da Empresa Brasileira de Solda Elétrica pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro, mas a alienação do controle acionário que o Estado do Rio de Janeiro tem no Banco do Estado do Rio de Janeiro. Frise-se, é a pessoa jurídica de direito público Estado do Rio de janeiro quem está realizando a alienação das ações do Banco do Estado do Rio de Janeiro que lhe pertencem. Assim, não há falar em direito de preferência em face deste ente porquanto não figurou como contratante do acordo invocado pelo agravante". Diversamente, entretanto, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmando ser possível o direito de preferência vincular não só as ações da própria companhia, mas também as ações das sociedades controladoras (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 0217635-30.2011.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.). Trechos do voto: "[a] Turma Julgadora não se convenceu [...] do argumento de que a venda da totalidade das cotas da Aleadri [controladora] não está submetida ao regime da preferência consignada no estatuto da Schincariol [companhia controlada], sociedade anônima de capital fechado [...] O que importa, nessa fase crucial do litígio, é analisar a finalidade da negociação e, sem dúvida alguma, pretendeu a sociedade estrangeira [terceira adquirente das ações da controladora] adquirir o controle da sociedade anônima [controlada] e não as cotas da sociedade que detém a maioria do capital". Em sentido semelhante já se manifestou Alfredo Lamy Filho, em parecer jurídico ("A desconsideração da personalidade jurídica em acordo de acionistas". In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* V. 2. Parte III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 296-309). No caso concreto analisado pelo parecerista, "três sócios de uma sociedade familiar (herdada) [...] firmaram acordo de acionistas, no qual, basicamente, [...] asseguraram direito de preferência para aquisição de ações de quem desejasse aliená-las. [...] O acordo, embora firmado por pessoas jurídicas, excepcionava (na parte de transferência de ações) a validade em relação a 'descendentes em linha reta' dos controladores das pessoas jurídicas. Seis meses após firmado o acordo, dois sócios transferiram as ações que possuíam (vinculadas ao acordo) para duas 'holdings' (sociedades limitadas constituídas com familiares) e, a seguir, firmaram contrato de compra e venda (sob forma de permuta de ações) das cotas dessas 'holdings' familiares com uma empresa estrangeira, de forma que o controle da sociedade objeto do acordo de acionistas foi transferido sem dar oportunidade ao terceiro sócio de exercer o direito de preferência objeto do acordo de acionistas" (*Ibid*, p. 297). Diante desta situação, entendeu o parecerista que a estrutura do negócio – transferência das participações para "holding" e posterior permuta – fora estrategicamente elaborada justamente para frustrar o direito de preferência do terceiro acionista. Em suas palavras: "as transferências que os dois irmãos realizaram [...] para suas 'holdings' pessoais [...] não alteravam, em princípio, os termos do problema, na medida em que as empresas continuavam sua vida sob a mesma administração pessoal dos contratantes. [...] Todavia, quando tais 'holdings' pessoais são usadas para transferirem a terceiros – empresa estranha ao grupo – as ações do Objeto do Acordo, revela-se como etapa inicial de um processo para levar à elusão do direito de preferência contratualmente assegurado aos sócios da Companhia. [...] O Contrato de Permuta revela, *sole ipsus est clarius*, que a estrutura contratual adotada só

Da mesma forma, quando o acordo de acionistas, apesar de estender expressamente o "direito de preferência" às alienações indiretas de participação, não estabelece um mecanismo para o seu exercício, não parece adequado presumir que a preferência deverá ser exercida em nível superior da cadeia societária, permitindo-se ao signatário do acordo adquirir as ações objeto da oferta do terceiro, pois isto significaria modificar o objeto e ampliar consideravelmente o escopo dessa "preferência"[512] – o titular da prelação, adquirindo ações de propriedade de sociedade controladora de uma das partes signatárias do pacto parassocial, teria direito de participar de uma série de outros empreendimentos dos quais não faz, nem nunca fez, parte.

Por outro lado, permitir que o "direito de prelação" seja exercido no nível inferior da cadeia societária, exigindo-se que o signatário do pacto transfira ao preferente ações da companhia objeto do acordo de acionistas contra a sua vontade, como esclarecido, está longe de respeitar características basilares do instituto da preferência.

Toda esta enorme dificuldade relatada só demonstra que o direito de prelação não é o instrumento ideal quando as partes signatárias do acordo de acionistas pretendem restringir a livre circulação não só das ações de emissão da própria companhia objeto do acordo, de titularidade das partes signatárias, como também das ações de propriedade das sociedades controladoras dessas partes. A escolha do "direito de preferência" para limitar as transferências indiretas de participação, que têm em mira evitar manobras fraudulentas – como, por exemplo, a constituição de sociedade "holding" pura com o único objetivo de burlar a preferência –, acaba gerando mais problemas do que soluções.

Ao que parece, então, melhor atenderia aos objetivos geralmente almejados pelas partes a estipulação não de "direito de preferência" alcançando as transferências indiretas de participação, mas sim de opção de compra de ações[513], reciprocamente outorgada entre os

---

encontrava explicação no fato de os dois irmãos pretenderem frustrar a obrigação assumida de oferecer suas ações ao exercício da preferência. Não fora tal propósito, toda a operação revestiria a forma de uma simples compra e venda de ações" (*Ibid*, pp. 307-308). Assim, valendo-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, concluiu o parecerista que o sócio remanescente teria, sim, direito de exercer a preferência para a aquisição das ações (*Ibid*, p. 309). Para maiores detalhes acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conferir: LGOW, Carla Wainer Chalréo. "Pessoas jurídicas: autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica". In: *Revista semestral de direito empresarial*. V. 8. Rio de Janeiro: Renovar, jan./jun. 2011, pp. 25-57.

[512] O STJ já se manifestou no sentido de que não cabe reinterpretar acordo de acionistas, concluindo que se o acordo, simplesmente, previr a execução específica das obrigações ali contidas, mas não a maneira como esta poderá se dar, essa execução não pode nem deve ser deferida (STJ, 3ª T., REsp. 27.517, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, v.m., DJ. 17.05.1993, p. 9.331).

[513] Como mencionado no Capítulo I, item 3.2, *supra*, em nota de rodapé, a opção não é tipificada no direito positivo brasileiro. A falta de tipificação normativa é seguramente uma das explicações para a dificuldade em se chegar a um consenso acerca da sua natureza jurídica. Num esforço de sistematização, Felipe Campana Padin Iglesias refere-se a duas grandes correntes: (i) a que considera as opções como manifestações unilaterais da vontade; e (ii) a que lhes classifica como contratos. Ainda segundo refere o autor, dentro da primeira grande corrente, parte da doutrina equipara as opções às propostas irrevogáveis; outros a consideram espécie de

acionistas signatários do acordo parassocial. A opção de compra, neste caso, ficaria contratualmente condicionada à eventual e futura alienação indireta de participação em nível superior da cadeia societária de alguma das partes signatárias. Implementada a condição suspensiva – isto é, alienadas a terceiro ações de sociedade controladora de um dos signatários do acordo –, o direito de opção poderia ser exercido pelos demais nas condições e pelo preço previamente convencionados no próprio pacto parassocial. Significa dizer que, implementada

---

promessa unilateral de contratar. Já na segunda grande corrente, enquanto alguns veem na opção um contrato de compra e venda sujeito à condição suspensiva, outros equiparam as opções aos contratos preliminares. Há, ainda, quem considere a opção um contrato definitivo semicompleto e, finalmente, aqueles que entendem ser a opção um contrato *sui generis*, não equiparável a qualquer outra figura do ordenamento jurídico brasileiro (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., pp. 305-306). Resumo interessante acerca da divergência foi desenvolvido, também, por Giovani Cribari: "muitos veem na opção um contrato preliminar unilateral, outros, como tese variante, uma proposta irrevogável que se une a um contrato preliminar unilateral; reconhecendo alguns na opção não os efeitos de uma proposta irrevogável, mas um contrato cuja estrutura é manter firme a proposta; outros, ainda, veem na opção um contrato suspensivamente condicionado, cujo implemento seria a aceitação; mas alguns visualizam a opção como contrato pendente em formação; diversamente, ainda, admite-se o pacto de opção como verdadeiro contrato definitivo, além de ser ele promessa unilateral de venda, ou variedade de promessa" ("Um ângulo das relações contratuais: proposta, contrato preliminar e opção". In: *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Jurid Vellenich, jul./set. 1984, p. 15). Acerca da natureza jurídica da opção, vale conferir: (i) PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*, cit., pp. 404-408; (ii) VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 1, cit., p. 311; (iii) LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Lesão enorme em contrato comutativo e *put option agreement*". In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, p. 517; (iv) GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 84-85; (v) ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, cit., pp. 91-93; (vi) OSSORIO, Angel. *El contrato de opción*. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1939, p. 46. (vii) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. T. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 157; (viii) CORRÊA, Luiz Fabiano. "Contratos preliminares ou pré-contratos". In: *Revista dos tribunais*. V. 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1997, p. 743; e (ix) MIRANDA, Pontes de. "Parecer sobre diminuição de prazo para a existência de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e cláusulas contratuais que têm de ser respeitadas (10 de janeiro de 1969)". In: *Dez anos de pareceres*. V. 7. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 6. Independentemente da dificuldade em estabelecer a natureza jurídica da opção de compra, parece correto afirmar que se verifica a presença de um estado de sujeição ao outorgante, e de um direito potestativo em favor do beneficiário. É possível definir, ainda que minimamente e com as limitações inerentes a este trabalho, os contornos principais da figura. Assim, como explica Felipe Campana Padin Iglesias, trata-se, fundamentalmente, de espécie de negócio em que um dos sujeitos compromete-se a, desde logo, alienar certos bens a outro que, por sua vez, reserva o direito de escolher, a seu exclusivo critério, levar a cabo, ou não, dita aquisição. O contrato resultante do exercício da opção se aperfeiçoa por meio da manifestação de vontade do titular da opção, independentemente de qualquer conduta por parte do outorgante. A opção, assim, nas palavras do autor, "é mecanismo instrumental-preparatório para se atingir o contrato optativo de compra e venda" (*Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*, cit., p. 11). Sob a ótica do titular da opção, uma das principais vantagens desse tipo de negócio seria protrair no tempo a decisão quanto à contratação futura, "visando a eliminação ou a redução de riscos" (*Ibid*, p. 16). Para Pedro González Poveda, "una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción, y nace y se perfecciona automáticamente al contrato de compraventa, al producirse, con relación a éste, el concurso de consentimiento exigido por la Ley, sin que el optatario o concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con en el optante le haya comunicado su voluntad de ejercitar su derecho de opción" (*Compraventa y opción de compra*. Madrid: Actualidad Editorial S.A., 1994, p. 175). A opção de compra de ações, além de ser o instrumento ideal quando as partes desejam vincular ao acordo de acionistas não só a transferência das ações da companhia objeto do acordo, mas também as alienações de participações de sociedades controladoras dos pactuantes, pode ser uma boa alternativa quando uma das partes deseja, desde logo, garantir seu direito à aquisição de ações, mas por alguma razão o contrato definitivo de transferência ainda não pode ser concluído.

a condição, os demais acionistas signatários do pacto poderiam adquirir a participação societária daquele acionista que teve sua estrutura de controle alterada.

Este mecanismo, aliás, está presente em parte dos acordos de acionistas. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em parecer que versava justamente sobre a extensão da restrição à livre circulação das ações à hipótese de alienação de ações no nível das sociedades controladoras dos signatários do pacto parassocial, faz referência a uma cláusula do acordo que, não obstante sob a insígnia "direito de preferência", em vez de estabelecer tal direito, previu a outorga recíproca de opção de compra de ações na hipótese de transferências indiretas de participação societária, nos seguintes termos:

> "13. Caso qualquer dos Acionistas Controladores [controlador direto de um dos signatários do acordo] aliene, direta ou indiretamente, o controle da Parte [acionista signatário do acordo] sob o seu Controle a quem não seja sua Afiliada (como definido no item 11 deste Título IV), a Parte em questão obriga-se a ofertar, de forma concomitante, a totalidade das suas ações ordinárias do capital da Holding [companhia objeto do acordo de acionistas] à outra Parte, observando o disposto no item 6 e seguintes deste Título IV"[514].

No caso concreto analisado pelo autor, houve alienação do controle não de uma das partes definidas no acordo como "Acionista Controlador" – que dispararia automaticamente o direito de opção –, mas sim de uma sociedade que figurava como controladora de um "Acionista Controlador". Assim, a princípio, numa interpretação literal da cláusula contratual, não estaria preenchido o suporte fático de incidência da opção de compra de ações.

Não obstante, entendeu o parecerista, com base na cláusula geral de boa-fé objetiva e no caráter personalíssimo da sociedade objeto da consulta, que o direito de opção fora estabelecido pelos signatários para garantir a manutenção das mesmas partes no controle compartilhado da sociedade objeto do acordo de acionistas. Para ele, era evidente que a intenção das partes foi evitar que o controle de qualquer delas "fosse alienado a sociedade estranha ao respectivo grupo econômico". Para fundamentar seu raciocínio, esclareceu que, em se tratando de grupos de sociedades, "o legislador buscou alcançar o controlador do grupo (a 'sociedade de comando'), desconsiderando as pessoas jurídicas intermediárias, mormente quando estas são 'holdings' de controle, cuja única função é controlar outras sociedades [art.

[514] "Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas". In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 219-220.

243 § 2º da LSA]". Em sua opinião, "[a] utilização de 'holding' intermediária, integrante de grupo econômico, a fim de frustrar o adimplemento de cláusula contratual, seria abuso de direito"[515].

Diversamente, em parecer que versava sobre a incidência, ou não, da cláusula de preferência estatutária às alienações indiretas de participação, argumentou JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, tendo em vista a ausência de previsão expressa no estatuto da companhia estendendo a preferência às alienações indiretas, que "a passagem de uma pessoa jurídica a outra, para o específico efeito de fazer incidir uma cláusula estrita de preferência sobre ações da primeira [sociedade controladora], excede o que, já a título excepcional, determina o art. 36 da Lei de Sociedades Anônimas"[516].

No âmbito da mesma controvérsia, NELSON EIZIRIK elaborou parecer em sentido contrário, afirmando que, a princípio, "uma análise isolada do contrato social da Aleadri [controladora] [...] poderia a levar ao entendimento de que seus sócios estariam livres para promover a transferência de quotas de sua propriedade para terceiros, sem outorgar direito de preferência a quem quer que seja". Não obstante, "a transferência de ações de *holdings* puras

[515] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: procura da vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas", cit., p. 226, p. 229 e p. 231.

[516] Parecer não publicado elaborado em 03 de agosto de 2011, disponível nos autos do Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000 (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.). Em sentido semelhante já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendendo que a cláusula de preferência estatutária deveria abranger tão somente as transferências de ações de emissão da própria companhia objeto da restrição, e não de ações de emissão de sociedades por ela controladas. A justificativa foi simples: tratando-se a preferência de previsão excepcional, restritiva de direitos, não seria razoável estendê-la a situações não previstas, tampouco a participações societárias de emissão de outras pessoas jurídicas. Confira-se a seguir alguns trechos desta decisão: "[...] Pretensão de determinar aos acionistas de sociedade petroquímica que se abstenham de negociar a transferência de sua participação acionária na empresa. Pleito fundado [...] em cláusula de preferência constante do estatuto da sociedade que, indiretamente, controla a petroquímica. [...] O primeiro fundamento consiste em inadmissível salto lógico-jurídico: não pode disposição do ato constitutivo de uma pessoa jurídica repercutir na organização social da outra, quer seja ou não controlada pela primeira. O controle acionário de uma por outra sociedade não faz mesclarem-se as normas reguladoras de cada qual, sob pena de evidente confusão. [...] O agravante 'pretende impedir a transferência da Quattor para a Braskem, haja vista que lhe foi surrupiado o direito de preferência, de forma ilegal e imoral, na empresa que, indireta, mas efetivamente, controla a Quattor' (fl. 18, item 31). Ocorre que o suposto direito de preferência recairia sobre as ações da Vila Velha, e não sobre as ações emitidas pela Quattor e detidas pela Unipar – esta última, a seu turno, controlada pela Vila Velha. A disposição estatutária invocada pelo recorrente leva à seguinte redação, segundo reprodução por ele mesmo impressa, à fl. 34: 'É defeso a qualquer acionista ceder ou transferir suas ações, no todo ou em parte, quer a outro acionista, quer a terceiros, sem a concordância expressa de acionistas, que detenham, no mínimo, 90% (noventa por cento) do capital social, excluída a participação do acionista ofertante'. Os parágrafos subsequentes a esse *caput* dispõem, por sua vez, sobre o direito de preferência que, na hipótese de intenção de alienação de ações, caberia à companhia e, ela dele não se valendo, aos seus acionistas. Daí, fundamentalmente, extrai, o agravante, o alicerce jurídico de sua pretensão – não sem acrescer que as negociações para alienação das ações da Quattor, se levadas a cabo, redundariam no esvaziamento da finalidade social da companhia Vila Velha. Que o direito de preferência – admitido como subsistente, a bem do raciocínio – não se estenda às companhias controladas pela Vila Velha, parece conclusão comezinha, de reluzente irrefutabilidade, que nem o douto esmero do patrono do agravante pode ofuscar" (TJ/RJ, 19ª CC, AI 0003599-93.2010.8.19.0000, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. 12.04.2011, v.u.).

[...] deve submeter-se às mesmas consequências jurídicas que a alienação das próprias ações por ela possuídas". Deste modo, não apenas as transferências de participações diretas, no âmbito das sociedades controladas, sobre as quais versava a cláusula estatutária, deveriam ser efetuadas mediante a observância do direito de preferência. "Também as transferências indiretas, efetuadas por meio da alienação de quotas de emissão da Aleadri [controladora], devem ser realizadas em conformidade" [517] com a cláusula estatutária.

A questão da extensão do direito convencional de preferência às transferências indiretas de participação societária, como se pode perceber, está longe de ser simples. A elaboração de cláusulas com este teor, com vistas a evitar fraudes ao exercício da preferência, acaba por trazer à tona uma série de outras controvérsias. Esperando-se ter apresentado satisfatoriamente, ainda que de modo não exaustivo, a problemática, bem como as principais vicissitudes do pacto de preferência para a aquisição de ações, passa-se, no item seguinte, a tratar de intrincada questão relacionada ao direito de preferência legal dos condôminos de bem indivisível, previsto no artigo 504 do Código Civil.

4.3 Direito de preferência dos condôminos de bem indivisível

O direito de preferência dos condôminos de bem indivisível[518], em caso de potencial alienação de fração ideal por um deles, vem previsto no *caput* do artigo 504 do Código Civil: "[n]ão pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro

[517] Parecer não publicado elaborado em 16 de maio de 2011, disponível nos autos do Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000 (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.). No mesmo sentido: (i) BULGARELLI, Waldirio. "Violação de cláusula de preferência estipulada em acordo de acionistas. Exame do acordo de acionistas, do direito de preferência e das consequências do inadimplemento". In: *Questões atuais de direito empresarial*, cit., p. 207; e (ii) CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Estudos de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 97.

[518] O conceito de indivisibilidade não vem expresso no Código Civil, que traz apenas a definição de bens divisíveis, em seu artigo 87: "[b]ens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam". Por uma interpretação a *contrario sensu*, seriam naturalmente indivisíveis os bens que não se podem fracionar, sem alteração em sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo ao uso a que se destinam. A indivisibilidade da coisa pode, ainda, ser jurídica. Diz-se que são juridicamente indivisíveis os bens que assim se tornaram "por força da vontade das partes contratantes ou da lei, ainda que possam ser naturalmente divididos" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Parte especial: das várias espécies de contratos", cit., p. 132). Exemplo típico de bem indivisível por força de lei é o módulo rural, previsto no *caput* do artigo 65 do Estatuto da Terra ("O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural"). Exemplo de bem indivisível por força da vontade das partes é o que decorre da "estipulação de que a dívida deve ser satisfeita integralmente por um só dos devedores (CC/19, art. 889; CC/2002, art. 258)" (CALIXTO, Marcelo Junqueira. "Dos bens (arts. 79 a 103)". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 167).

consorte a quiser, tanto por tanto"[519]. Pelo fato de ser o condomínio figura transitória, potencialmente geradora de conflitos, destinada a cessar a todo tempo[520], o legislador visa a facilitar a sua extinção. Uma das formas encontradas para promover, ainda que indiretamente, a extinção do condomínio foi a instituição do direito de preferência, pois na medida em que um condômino for adquirindo as frações ideais dos demais, a tendência é a totalidade do bem passar a ser de sua titularidade exclusiva. Além disso, o direito de preferência atribuído aos condôminos assume a função de impedir o ingresso de terceiros estranhos à comunhão sem a concordância dos condôminos remanescentes[521].

Na hipótese de mais de um condômino demonstrar interesse na aquisição da fração ideal a ser alienada, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece uma ordem de preferência: privilegia-se, inicialmente, o condômino que possuir na coisa benfeitorias mais valiosas. Não as havendo, a preferência será do consorte proprietário do maior quinhão. Finalmente, sendo iguais os quinhões, a parte será vendida aos condôminos que a desejarem, que deverão depositar previamente o preço.

Enquanto para parte da doutrina e jurisprudência o direito de preferência restringe-se às hipóteses que o bem em condomínio é indivisível[522], uma segunda corrente entende que ele alcança também as potenciais alienações quando o bem, apesar de divisível, estiver em estado de indivisão[523].

---

[519] Enquanto o artigo 504 do Código Civil institui a preferência dos condôminos diante de potencial alienação voluntária de fração ideal, o artigo 1.322 do mesmo diploma legal prevê direito de preferência em caso de extinção do condomínio mediante alienação judicial da coisa comum, procedimento que vem previsto nos artigos 1.103 a 1.119 do Código de Processo Civil.

[520] "Tal condomínio geral é visto como uma situação jurídica precária, que a lei procura de todas as formas eliminar" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 171).

[521] Para Antônio Junqueira de Azevedo, "a função econômico-social do direito de preferência entre condôminos é bastante clara: permitir a alienação da parte ideal e, ao mesmo tempo, favorecer a estabilidade da propriedade em comum, impedindo, se possível, que terceiro, estranho, venha alterar o estado de convivência entre os condôminos" ("Herdeiro *ex re certa*. Direito de preferência entre condôminos. Abuso de direito e fraude à lei (parecer)", cit., p. 556). As principais funções do direito de preferência atribuído aos condôminos foram expostas no Cap. I, item 4, *supra*.

[522] No âmbito jurisprudencial, cfr.: (i) STJ, 3ª T., REsp 60.656, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 06.08.1996, v.u., DJ 29.10.1996, p. 41.641; (ii) STJ, 3ª T., REsp 109.787, Rel. Min. Costa Leite, j. 17.08.1999, v.m., DJ 17.12.1999, p. 351; e (iii) STF, 2ª T., RE 9.884, Rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 05.10.1948, v.u.. Disponível em *Revista dos Tribunais*. V. 185. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1950, pp. 995-996. Em doutrina: (i) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas. V. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 198; (ii) ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Do direito das Obrigações", cit., pp.800-803; e (iii) SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. V. 16, cit., p. 168.

[523] No âmbito jurisprudencial, cfr.: (i) STJ, 4ª T., REsp 9.934, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.03.1993, v.u., DJ 17.05.1993, p. 9.338; (ii) STJ, 4ª T., REsp 71.731, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 24.03.1998, v.u., DJ 13.10.1998, p. 110; (iii) STJ, 4ª T., REsp 88.408, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.09.1998, v.u., DJ 18.12.1998, p. 358; (iv) STJ, Segunda Seção, REsp 489.860, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.10.2004, v.u., DJ 13.12.2004, p. 212; (v) STJ, Segunda Seção, AgRg nos EREsp 645.672, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.09.2007, v.u., DJ 11.10.2007, p. 285; e (vi) STJ, 4ª T., REsp 199.609, Rel. Min. Luis

4.3.1 *Incidência da preferência nas alienações entre condôminos*

Questão interessante que se põe, e que à primeira vista pode parecer de simples solução, diz respeito à existência, ou não, de direito de preferência dos condôminos entre si, quando da intenção de alienação da fração ideal de um condômino para outro. Não está presente, na hipótese, a figura de um terceiro estranho à comunhão, disposto a adquirir determinada fração ideal do condomínio.

Para fins de melhor ilustrar a questão, tome-se o seguinte exemplo: imagine-se um imóvel de propriedade de três indivíduos em condomínio. Dois condôminos, "A" e "B", possuem, cada um, 26% do imóvel. O terceiro condômino, "C", possui os 48% restantes do bem, sendo o condômino "majoritário". Nenhum deles realizou benfeitorias no imóvel. Caso "A" pretenda alienar a "B" sua fração – 26% –, deverá ele respeitar o direito de preferência do condômino "C", titular da maior fração ideal do imóvel?

A problemática não é inédita. Doutrina e jurisprudência já enfrentaram especificamente a questão, trazendo soluções em diferentes sentidos.

À primeira vista, uma interpretação literal do mencionado artigo 504 leva à conclusão de que apenas as potenciais alienações de frações ideais a terceiros, estranhos ao condomínio, dispariam o mecanismo da preferência. Esta interpretação, além de estar em consonância com as principais funções do direito legal de preferência atribuído aos condôminos – facilitar a extinção do condomínio e evitar o ingresso de terceiros estranhos à comunhão –, está em linha com a necessidade de interpretação restritiva dos direitos legais de preferência, conforme afirmado no Capítulo I, item 5, *supra*. De fato, o artigo 504, em seu *caput*, prevê textualmente que "[n]ão pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte *a estranhos*, se outro consorte a quiser, tanto por tanto"[524].

Felipe Salomão, j. 02.03.2010, v.u., DJ 22.03.2010. Nesse último, lê-se: "este E. STJ tem jurisprudência no sentido de conferir maior abrangência à questão da natureza divisível do imóvel, para efeito de aplicação do art. 1.139 do CC/16 [atual 504]. Sendo o imóvel de natureza divisível ou não, o que é relevante saber é se, de fato, o imóvel se encontrava em estado de indivisão". Em doutrina: (i) BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. 4, cit., pp. 249-250; (ii) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3, cit., p. 188; e (iii) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* T. XXXIX, cit., p. 302. A respeito do tema, vale conferir, ainda: WALD, Arnoldo. "Da prevalência do critério econômico da indivisibilidade e dos efeitos reais da preferência do condômino (interpretação do art. 1.139 do Código Civil)", cit., pp. 177-191.

[524] Grifou-se.

Não obstante, é possível encontrar, em doutrina e jurisprudência, defensores da necessidade de concessão de direito de preferência mesmo diante da potencial alienação de um condômino a outro. O principal expoente desta vertente é LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, que seguiu esta linha de raciocínio em parecer jurídico a respeito de tema.

O principal argumento do autor é que o direito de preferência, tanto na hipótese de alienação de fração ideal – artigo 504 do Código Civil – quanto na hipótese de extinção do condomínio, com alienação em hasta pública da totalidade da coisa comum – artigo 1.322 do mesmo diploma legal –, se manifesta em dois níveis: (i) na concorrência entre estranhos, e (ii) na concorrência dos condôminos entre si. Ainda que não haja a concorrência em um dos níveis – no caso, pela ausência de estranhos –, deverá haver a concorrência no segundo nível, isto é, entre os próprios condôminos.

Em sua visão, se fosse possível a um condômino alienar a sua fração ideal a outro, sem necessidade de conceder direito de preferência aos demais condôminos – que eventualmente poderiam ter no bem benfeitorias mais valiosas, ou o maior quinhão –, haveria aí uma maneira simples de burlar a ordem legal de prelação. É que, neste caso, o condômino adquirente poderia, por via indireta, tornar-se o titular do maior quinhão e, consequentemente, assumir posição mais vantajosa na ordem de preferência em relação a terceiros, com prejuízos para as posições, no condomínio, dos demais condôminos[525].

É, aliás, o que aconteceria no exemplo antes exposto: o condômino "C" que, a princípio, titularizava o maior quinhão – 48% –, que lhe garantia a posição mais vantajosa na ordem de prelação, viria a perder esta posição de vantagem, caso o condômino "A" pudesse alienar, sem respeitar o direito de preferência, sua fração ao condômino "B", que passaria a deter 52% do bem objeto do condomínio. Confira-se a seguir a lição do autor:

> "Se o condômino da coisa indivisível vende a sua parte, não a um terceiro, mas a outro condômino, ainda prevalecerá o direito de preferência? [...] Ora, não temos porque duvidar de que, na espécie, subsiste, em toda a sua plenitude, o direito de preferência, de que são titulares todos os condôminos.

[525] Antônio Junqueira de Azevedo, sem se referir à questão do direito de preferência na alienação entre condôminos, reconhece um "sobrevalor" da fração ideal majoritária na comunhão: "[d]o ponto de vista subjetivo, varia um pouco a situação dos atores na preferência. Para o preferente, esta valoriza o seu patrimônio. Quando ele a exerce, além de ampliar o percentual de sua participação sobre o bem (reflexo patrimonial direto), aumenta seu poder (reflexo patrimonial indireto). Esse poder agrega valor e justificaria até mesmo o pagamento de uma *plus* valia ao condômino 'controlador' da coisa em caso de venda. Já para o alienante, a vantagem econômica do direito de preferência está na exigência de pagamento tanto por tanto imposta aos demais coproprietários, acarretando eventual concorrência, em seu benefício. Essas vantagens econômicas dos atores (vantagens subjetivas) não alteram, porém, a função (objetiva) econômico-social do direito" ("Herdeiro *ex re certa*. Direito de preferência entre condôminos. Abuso de direito e fraude à lei (parecer)", cit., p. 556).

> [...] A preferência tem, como dissemos, uma estrutura binada e se manifesta em dois níveis: dos condôminos entre si e destes em relação aos estranhos. Tanto é assim que, fora possível a um condômino alienar a sua parte a outro condômino, sem a necessidade de afrontar os demais, teríamos aí uma porta fácil para evitar a ordem legal de prelação, sobre a qual se articula a preferência em outro nível. O condômino adquirente poderia, assim, por via indireta, tornar-se o titular de maior quinhão e, consequentemente, assumir uma posição mais vantajosa, na ordem de preferência, com óbvios prejuízos para as posições relativas dos demais condôminos. É, aliás, o que ocorreria no caso presente: Mário que detém hoje o maior quinhão (50%), e está assim em posição mais vantajosa na ordem de prelação, viria a perdê-la, caso João e José, que possuem 25% cada um, pudessem vender entre si as quotas-partes, sem a necessidade de oferecê-las a Mário, para que este exerça a preferência"[526].

Dois precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais corroboram, ainda que de modo indireto, esta linha de raciocínio. No primeiro deles, o autor da ação, condômino de certo bem indivisível, entendeu ter sido preterido em seu direito de preferência, por conta de alienação de fração ideal de um condômino a outro. No deslinde do caso, o tribunal entendeu não ter havido afronta à prelação do autor, pois o condômino adquirente era proprietário da maior fração ideal, logo, dele a titularidade do direito de preferência:

> "O quinhão de José Lopes de Magalhães [condômino adquirente] é maior que o do condômino Rodolfo Barbosa Magalhães [condômino autor da ação], portanto dele o direito de preferência na aquisição de quinhões de outros condôminos, segundo a regra do art. 632 do Código Civil [de 1916, correspondente ao artigo 1.322, *caput*, do Código Civil de 2002]"[527].

No segundo precedente, a questão versava sobre cessão de direitos hereditários (até a partilha, os direitos dos coerdeiros regulam-se pelas normas relativas ao condomínio)[528]. Tanto cedente quanto cessionário eram herdeiros. Um terceiro herdeiro, autor da ação, entendeu ter sido prejudicado por não lhe ter sido concedido direito de preferência previamente à cessão dos direitos hereditários. O tribunal considerou aplicável, à hipótese, o artigo 1.139 do Código Civil de 1916 (atual artigo 504)[529]. Assim, julgou presente o direito de preferência entre os coerdeiros, quando da cessão de fração ideal da herança de um para outro.

---

[526] "Do direito de preferência nos condomínios". In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, p. 60.

[527] TJ/MG, 5ª CC, AC 2.0000.00.364043-5/000(1), Rel. Des. Armando Freire, j. 27.06.2002, v.u..

[528] Cf. artigo 1.791 do Código Civil: "[a] herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio".

[529] A aplicação do direito de prelação em situações de cessão de direitos hereditários é aceita pelo STJ em diversos precedentes, a exemplo dos seguintes: (i) STJ, 4ª T., REsp 4.180, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.04.1991, v.u., DJ 20.05.1991, p. 6.532; (ii) STJ, 4ª T., REsp 50.226, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.08.1994, v.u., DJ 19.09.1994, p. 24.700; e (iii) STJ, 3ª T., REsp 33.176, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 03.10.1995, v.u., DJ 27.11.1995, p. 40.883.

Entretanto, no caso concreto, o direito de preferência não pôde ser exercitado, pois o coerdeiro supostamente prejudicado não comprovou as circunstâncias necessárias ao exercício de seu direito, isto é, que titularizava a maior fração ideal da herança:

> "Muito embora seja aplicável o artigo 1.139 do Código Civil [atual 504] quando se trata de cessão de direitos hereditários, sendo os cessionários condôminos não há que se falar em direito de preferência, *a não ser que seja demonstrada qualquer circunstância constante do parágrafo único, do mesmo artigo*"[530].

Em seu voto, afirmou o relator que "se tivesse sido comprovada qualquer circunstância prevista no parágrafo único, do já mencionado artigo 1.139, do Código Civil, [...] se poderia reconhecer o direito pleiteado". Vê-se, assim, ainda que não de maneira direta, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais amparou a corrente da existência de direito de preferência quando da alienação de fração ideal de um condômino a outro.

Por outro lado, é representativa a vertente teórica que entende inexistir direito de preferência no caso de alienação de fração ideal de um condômino para outro. O principal argumento desta corrente está relacionado a uma das funções da preferência atribuída aos condôminos, de impedir a entrada de terceiros estranhos na comunhão. Com a estipulação do direito de prelação, a legislação facilita a extinção da propriedade comum, na medida em que, conforme os próprios condôminos forem adquirindo as frações ideais daqueles que optarem por deixar o condomínio, a tendência é que o bem se consolide na propriedade de apenas um titular[531]. A existência do direito de preferência impede, assim, que os condôminos vejam-se obrigados a compartilhar o domínio de um bem com terceiros desconhecidos.

No âmbito doutrinário, partilha deste entendimento CELSO LAET DE TOLEDO CESAR. A seu ver, a lógica do artigo 504 pretende restringir a entrada de estranhos no condomínio, o que não ocorre quando um dos condôminos se sobrepõe a outro, em nada prejudicando a harmonia da comunhão[532]. Igual posição é a de PONTES DE MIRANDA, ao afirmar que o fundamento da preferência legal, no caso do condomínio, "é o interesse dos condôminos em que não entre na comunhão quem não lhes agrade, ou o de unidade e consolidação da propriedade. A venda feita a outro condômino exclui a incidência do art. 1.139 [art. 504 do Código Civil de

[530] TJ/MG, 5ª CC, AC 1.0000.00.278003-9/000(1), Rel. Des. Maria Elza, j. 12.09.2002, v.u.. Grifou-se.
[531] "Natural, portanto, que a lei incentive a concentração das quotas-partes nas mãos de um dos condôminos, partindo da premissa de que, quanto mais quotas ele tiver, mas ele buscará obter, podendo, destas circunstâncias, advir a extinção do condomínio" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2, cit., p. 171).
[532] *Venda e divisão da coisa comum*: doutrina e jurisprudência, cit., pp. 60-61.

2002]"[533]. Manifestam-se no mesmo sentido, também, AFRÂNIO DE CARVALHO[534], AGOSTINHO CARDOSO GUEDES[535] e JOSÉ PINTO LOUREIRO[536].

Em sede jurisprudencial, esta linha de raciocínio já foi ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça. Apesar de o recurso especial não ter sido conhecido, por ausência de comprovação de dissídio jurisprudencial, o tribunal entendeu que o artigo 504 do Código Civil "trata da venda de parte de coisa indivisível a estranhos e a preferência estabelecida no parágrafo único conferida ao condômino que tiver benfeitoria, de maior valor, não autoriza a interpretação de que a regra incide no caso de venda entre condôminos, como na situação concreta"[537]. Diversamente da posição defendida por LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, o tribunal entendeu que a ordem de preferência listada no parágrafo único do artigo 504 está ligada necessariamente à ocorrência da situação prevista no *caput* do mesmo artigo. Isto é, somente na hipótese de estar presente a figura de um terceiro adquirente é que se cogitaria da ordem de preferência prevista no parágrafo único.

Esta parece ser, aliás, a melhor orientação. O direito legal de preferência atribuído aos condôminos de bem indivisível, tendo em vista o potencial gerador de conflitos desta forma anômala de propriedade, tem por escopo (i) impedir o ingresso de terceiros estranhos à comunhão[538] e, (ii) indiretamente, possibilitar a sua extinção. Como reiteradamente afirmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, "a *ratio* do art. 1.139 [atual 504] está em zelar pelo direito do condômino de não ter como lindeiro pessoa estranha"[539]. Some-se a isso a necessidade de interpretação restritiva dos direitos legais de preferência, como explicado no primeiro Capítulo deste trabalho.

---

[533] *Tratado de direito privado.* T. XII, cit., p. 82.

[534] "A preferência se enseja, pois, quando há competição entre um condômino e estranho, caso em que o primeiro tem primazia sobre o segundo. Não se dá a preferência entre os próprios condôminos, que se igualam, de modo que, se um condômino vender a sua parte a um consorte, nenhum dos demais consortes poderá reclamar, invocando a preferência em seu benefício, seja a que título for" ("Parte ideal e suas posições no registro". In: *Revista dos tribunais*. V. 634. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1988, p. 14).

[535] A preferência só existe "quando o vinculado à prelação pretenda vender ou dar em cumprimento a quota a estranhos, o que afasta a constituição de preferência quando a alienação projectada tenha como adquirente outro consorte" (*O exercício do direito de preferência*, cit., p. 141).

[536] O direito de preferência "visa tornar [...] singular a propriedade comum [...] quando a alienação se tenha efectuado a favor de um estranho e não de outro comproprietário" (*Manual dos direitos de preferência*. V. 1, cit., pp. 6-7).

[537] STJ, 3ª T., REsp 19.538, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 20.04.1993, v.u., DJ 17.05.1993, p. 9.330. Em sentido semelhante: (i) TJ/RJ, 3ª CC, AC 1992.001.05912, Rel. Des. Torres de Melo, j. 08.03.1994, v.u.; (ii) TJ/SP, 2ª CDPriv., AI 407.617-4/8-00, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 20.09.2005, v.u.; (iii) TJ/RS, 2ª CC, AC 70004659413, Rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 19.12.2002, v.u.; e (iv) TJ/MG, 12ª CC, AC 1.0428.05.000945-8/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 15.02.2006, v.u..

[538] Esta finalidade traz, ainda, outras repercussões. Como visto no Capítulo II, item 2.5.1, *supra*, é razoável defender que, no caso específico da preferência entre condôminos, a identidade do terceiro, potencial adquirente, deverá constar da *denuntiatio*.

[539] STJ, 4ª T., REsp 199.609, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.03.2010, v.u., DJ 22.03.2010.

CONCLUSÃO

"*A melhor decisão é a decisão certa. A segunda melhor decisão é uma decisão*".

Francisco Müssnich

Ao longo do texto, foram destacados os principais problemas ligados à relação jurídica de preferência, instituída por lei ou pela vontade das partes, passando pela análise de sua estrutura e função, sua natureza jurídica, seu passo a passo, sua fase patológica e, finalmente, sua dinâmica. O principal objetivo do presente trabalho foi buscar, na medida do possível e considerando as peculiaridades e as funções inerentes a cada um dos direitos de prelação, um tratamento sistemático para esse direito, num esforço de identificação do lugar próprio da preferência no mapa do ordenamento jurídico brasileiro. Se, de um lado, não é possível alcançar um tratamento absolutamente uniforme a todos os direitos de preferência, de outro, parece certo afirmar que eles partilham de uma identidade comum, sendo admissível, então, cogitar de uma teoria geral dos direitos de preferência. Após a análise detida do tema, algumas impressões devem ser exteriorizadas. Serão elas adiante sintetizadas, com as imperfeições inerentes a qualquer resumo:

I. Quanto à estrutura e às funções do direito de preferência:

1. **Fontes e terminologia**: O direito de preferência encontra sua origem (i) em disposições legais do Código Civil e de legislação especial, e (ii) em negócios jurídicos, em geral bilaterais. No ordenamento jurídico pátrio, "preferência" e "prelação" assumem o mesmo significado técnico-jurídico. O vocábulo "preempção", por sua vez, apesar de ser utilizado, vez ou outra, como sinônimo genérico de preferência, restringe-se ao direito de prelação que encontra origem no pacto de preempção, adjeto à compra e venda, que vem regulado no artigo 513 e seguintes do Código Civil. Apesar de o legislador se valer do vocábulo "preferência" para designar variadas situações jurídicas, a exemplo (i) da preferência como característica dos direitos reais, ao lado de outras, como a sequela e a ambulatoriedade, e (ii) da ordem de preferência dos credores em caso de falência, o escopo da presente investigação restringiu-se ao direito de preferência, de origem legal ou contratual, na celebração de negócios jurídicos, em geral de alienação. Direito este que se apresenta em favor do preferente, também chamado sujeito ativo, diante da decisão livre do vinculado à

preferência, também chamado sujeito passivo, de celebrar o contrato preferível em certos termos, conforme previamente ajustado com terceiro.

2. **Estrutura**: A preferência tem como fim último proporcionar ao sujeito ativo, futura e eventualmente, a celebração de um negócio jurídico. Apesar de, em grande parte das vezes, o direito de preferência estar atrelado a um contrato de alienação, é possível instituir preferência na celebração de outros negócios jurídicos, desde que com ela compatíveis. De outro lado, certos tipos contratuais, por sua natureza, são incompatíveis com os elementos essenciais do instituto da preferência, a exemplo dos contratos gratuitos. A instituição de uma relação de preferência, legal ou convencional, não atribui ao sujeito ativo, ainda, a faculdade de exigir do sujeito passivo a celebração do contrato. A restrição à liberdade contratual do sujeito passivo abrange apenas a liberdade quanto à escolha do outro contraente. O direito de preferência pressupõe, assim, uma decisão livre de contratar do sujeito passivo, e é somente após ela que a preferência passa a poder ser exercida, ganhando eficácia no mundo jurídico. O exercício da preferência demanda que esteja disposto o preferente a contratar com o sujeito passivo segundo os mesmos termos e condições ajustados entre este último e certo terceiro. É a chamada paridade de condições ou "tanto por tanto" do direito de preferência.

3. **Funções**: O direito de preferência é um instituto polivalente, que tem em mira a eventual celebração de um contrato futuro, assumindo, assim, caráter preparatório. Com relação às preferências legais, é possível verificar certa constante em suas funções socioeconômicas: (i) solucionar conflitos de direitos reais, particularmente de direito de propriedade, extinguindo situações de oneração ou de comunhão deste direito; (ii) possibilitar um melhor desempenho da função social da propriedade, evitando-se litígios e desavenças; (iii) funcionar como meio de defesa face à introdução de estranhos; (iv) manter o patrimônio na titularidade de uma mesma família; além de (v) razões de ordem política. No que tange à preferência convencional, o escopo perseguido pelas partes será o por elas definido, nos limites de sua autonomia privada, respeitadas, é claro, as balizas impostas pela cláusula geral de boa-fé objetiva, verdadeiro elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais.

4. **Interpretação e abrangência**: Na falta de dispositivos legais para nortear o trabalho do hermeneuta, a forma de interpretação dos direitos de preferência, legais ou convencionais, deverá ser extraída dos preceitos que regulam, casuisticamente, o instituto, bem como de sua estrutura e funções. Consistindo as preferências legais em restrição à liberdade contratual do sujeito passivo, elas devem ser interpretadas, se não restritivamente, ao menos com bastante cautela, limitando-se a margem para analogias e interpretações extensivas. Assim, os tipos contratuais que se sujeitam à preferência legal devem estar determinados no próprio preceito que institui o direito. Poucas serão as situações que, mesmo sem previsão expressa, se submeterão à preferência legal. A interpretação das preferências convencionais, por outro lado, deverá tomar por base a intenção das partes ao celebrarem o negócio jurídico, para definir os tipos negociais que se sujeitarão à prelação, em respeito à autonomia privada. Além disso, sendo a relação prelatícia legal ou contratual, sua interpretação deverá tomar por base as cláusulas gerais positivadas no Código Civil de 2002 e os princípios constitucionais. Na eventualidade de o sujeito passivo de uma relação de preferência, legal ou contratual, decidir celebrar um contrato não preferível, o direito do sujeito ativo sequer chega a se tornar eficaz, podendo mesmo vir a perder seu objeto.

5. **Natureza jurídica**: A definição acerca da natureza jurídica da relação prelatícia, apesar de amplamente controvertida, é crucial. É que a forma pela qual o direito de preferência é qualificado vai definir boa parte do *modus prelationis*, bem como os meios de tutela postos à disposição do titular da preferência. A primeira controvérsia diz respeito ao caráter de direito real, ou não, de certos direitos de preferência, quando prevista expressamente a possibilidade de o preferente, diante da violação de seu direito, "haver para si o bem indevidamente alienado". Respeitadas as posições em sentido contrário, o direito de preferência, mesmo nestes casos, não parece ostentar o caráter de direito real, mas sim, atinge eficácia real. Partindo do pressuposto de que o direito de preferência, em nenhuma hipótese, é direito real, chegou-se à conclusão de que a relação prelatícia é complexa, abrangendo um momento potestativo e um momento creditício. Sob o ponto de vista do sujeito ativo, trata-se de um "direito potestativo constitutivo de um direito de crédito". Afastam-se, assim, as teorias que qualificam a preferência como um direito de crédito condicionado (ou duplamente condicionado), que visualizam a obrigação do vinculado à preferência como um dever

de cunho negativo (*non facere*), bem como que veem na preferência um simples direito potestativo.

II. Quanto ao passo a passo do direito de preferência (*modus prelationis*):

6. **Constituição do direito de preferência**: Muito embora a preferência já exista, no mundo jurídico, com sua previsão em lei ou no contrato, ela só se torna eficaz, isto é, só se constitui, diante do preenchimento de certos pressupostos, vistos por alguns como condições em sentido técnico, mas que em verdade são parte da *facti-species* da relação prelatícia. Trata-se da decisão livre do sujeito passivo de celebrar um contrato preferível, em determinadas condições, decisão esta que se refira a um projeto concreto de contrato, já com seus termos essenciais perfeitamente definidos, conforme previamente ajustado com terceiro. A comunicação para exercício da preferência, apesar de opiniões em sentido contrário, não é pressuposto de constituição do direito homônimo, sendo apenas a forma pela qual a decisão do sujeito passivo é normalmente exteriorizada, e levada a conhecimento do preferente. Também não se deve considerar pressuposto da constituição da preferência a contratação indevida entre sujeito passivo e terceiro, em violação ao direito do sujeito ativo. Como o pressuposto da constituição da prelação é uma decisão livre do sujeito passivo, o direito do preferente pode ser abalado se se comprovar que a decisão estava, de alguma forma, viciada. Já eventual vício na manifestação de vontade do terceiro, que contrata indevidamente com o sujeito passivo, não afeta necessariamente o direito do preferente.

7. **Comunicação para exercício da preferência (*denuntiatio*)**: A comunicação para exercício da preferência ou *denuntiatio*, por vezes prevista expressamente nos dispositivos legais que instituem direitos de preferência, consubstancia-se numa declaração por meio da qual o sujeito passivo informa o preferente de que decidiu celebrar o contrato objeto da preferência e lhe avisa, também, sobre as condições ajustadas com o terceiro, para que o preferente possa decidir se quer ou não preferir. Não se trata de pressuposto de constituição do direito de preferência, mas sim de obrigação de caráter instrumental, dever de conduta decorrente da cláusula geral de boa-fé objetiva. Esta qualificação da preferência não é incompatível com o caráter potestativo do direito homônimo, na medida em que o princípio da boa-fé deve pautar

indistintamente o comportamento das partes em qualquer espécie de situação jurídica subjetiva, envolvendo direitos subjetivos ou potestativos. A *denuntiatio* não é imprescindível ao exercício da preferência. Apesar disso, quando presente, serve de marco inicial para a contagem do prazo, legal ou contratual, dentro do qual o preferente deve se pronunciar, sob pena de caducidade de seu direito. Uma vez realizada a *denuntiatio*, o sujeito passivo deve aguardar a manifestação, positiva ou negativa, do preferente, não estando, ainda, neste momento, obrigado a com ele contratar. Respeitadas as posições em sentido contrário, a comunicação para preferência não equivale a uma proposta contratual. Deve a *denuntiatio* conter todos os elementos objetivos do negócio projetado com terceiro, para que o preferente possa tomar uma decisão consciente. Não é razoável, por outro lado, exigir que o sujeito passivo faça constar da comunicação informações outras que não reflitam seus termos objetivamente considerados. Especificamente quanto à identificação do terceiro com quem o sujeito passivo tenciona contratar, esta informação só é exigível em tipos específicos de preferência, quando uma de suas funções é justamente garantir ao sujeito ativo o poder de excluir terceiros de certas relações jurídicas, a exemplo da preferência atribuída a condôminos de bem indivisível. Preenchidos os pressupostos de constituição do direito de preferência, a comunicação deve ser realizada o quanto antes, sob pena de responsabilização civil do sujeito passivo, pelos prejuízos que o atraso na comunicação venha a ocasionar ao preferente. Tratando-se de simples obrigação instrumental, pode a *denuntiatio* ser regularmente realizada não só pelo sujeito passivo, como também por terceiros, interessados ou não, inclusive pelo terceiro com quem o sujeito passivo tenciona contratar. Diante da pluralidade de preferentes, simultâneos ou sucessivos, como não há, no Brasil, dispositivo legal a respeito, deve a comunicação ser realizada a todos eles, afastando-se, assim, eventual responsabilização civil do vinculado à prelação. A comunicação irregular não terá o efeito de disparar o prazo decadencial para exercício do direito de preferência.

8. **Declaração para preferir**: A declaração para preferir, espécie de negócio jurídico unilateral obrigacional receptício, é a forma pela qual o preferente exerce seu "direito potestativo constitutivo". Exercida positivamente, ela tem o efeito de gerar na esfera jurídica do sujeito passivo sua obrigação principal, de contratar com o preferente nos mesmos termos ajustados com terceiro. Simultaneamente, nasce o direito de crédito do sujeito ativo, direito à celebração de um contrato. Para ser validamente exercida, a

declaração para preferir deve chegar ao conhecimento do sujeito passivo até o final do prazo decadencial para exercício da preferência. Seus termos devem ser bem claros, não deixando margem a dúvidas quanto à intenção do sujeito ativo em preferir. Deve ser realizada pelo próprio sujeito ativo ou por alguém com poderes para representá-lo. O não exercício da declaração leva à caducidade do direito de preferência. Já a manifestação negativa equivale à renúncia. Sendo vários os preferentes, e sendo as preferências sucessivas, a manifestação negativa de um deles não faz necessariamente caducar o direito dos demais. Tratando-se de preferências simultâneas, diante da manifestação negativa de alguns preferentes, os demais poderão ainda assim exercer seu direito, desde que seja assegurada ao sujeito passivo a possibilidade de celebrar um contrato objetivamente idêntico ao ajustado com terceiro. Apesar de, a princípio, o contrato a ser celebrado entre sujeito passivo e preferente dever ser objetivamente idêntico ao projetado com terceiro, nada impede que as partes (sujeito ativo e passivo), de comum acordo, estabeleçam condições diversas, com base em sua autonomia privada. Excetua-se a situação em que sujeito passivo e terceiro tenham previamente celebrado um contrato sujeito à condição suspensiva do não exercício da preferência, ou à condição resolutiva do exercício da prelação. Enquanto o exercício da preferência gera um dever de contratar a cargo do sujeito passivo, discute-se se há, ou não, o correspondente dever de contratar a cargo do preferente. Uma primeira corrente responde positivamente a esta indagação. Já para uma segunda corrente, consistindo a declaração de preferência no exercício de um "direito potestativo constitutivo", se o preferente declara que quer preferir, mas volta atrás em sua decisão, a consequência seria a caducidade de seu direito. Não obstante, poderia o preferente vir a ser obrigado a indenizar o sujeito passivo pelos prejuízos ocasionados. Se o instituto da preferência, puramente, não faz nascer um dever de contratar a cargo do sujeito ativo (ao menos na visão da segunda corrente), outros institutos podem estar aptos a alcançar tal consequência, a exemplo do princípio que veda o *venire contra factum proprium*. A vedação ao *venire contra factum proprium*, como visto, é uma das expressões da boa-fé objetiva, enquanto limitadora do exercício de situações jurídicas subjetivas (abuso do direito). Por fim, após o exercício da preferência, não é mais facultado ao sujeito passivo desistir de contratar com o titular da prelação. Enquanto parte da doutrina fundamenta esta impossibilidade no próprio mecanismo da preferência, outros optam por embasá-la na vedação ao *venire contra factum proprium* e outros, ainda, na vedação à fraude. Assim como a *denuntiatio*, em regra, não equivale a uma proposta

contratual dirigida ao preferente, a declaração para preferir não equivale à aceitação de uma proposta, representando, isso sim, o exercício do "direito potestativo constitutivo" do preferente.

III. Quanto à fase patológica da relação de preferência e os meios de tutela à disposição do preferente:

9. **Os deveres a cargo do sujeito passivo**: Diante da decisão do sujeito passivo de contratar em certas condições, conforme ajuste com terceiro, surge a sua primeira obrigação, isto é, o dever de comunicar acerca da constituição do direito de preferência, obrigação de caráter instrumental que decorre, mediata ou imediatamente, da cláusula geral de boa-fé objetiva. No interregno compreendido entre a constituição do direito do preferente e a sua manifestação, decorre, ainda, da cláusula geral de boa-fé objetiva, a obrigação do sujeito passivo de não prejudicar a integridade e o efeito útil da preferência. Exercida positivamente a prelação, constitui-se a terceira obrigação do vinculado à prelação, de com o sujeito ativo contratar, nos mesmos termos e condições previamente ajustados com terceiro.

10. **Meios de tutela à disposição do preferente**: Diante do descumprimento de qualquer das obrigações a cargo do sujeito passivo, ele pode vir a ser civilmente responsabilizado pelo sujeito ativo, pelos prejuízos que, culposa e comprovadamente, tiver dado causa. Além disso, o descumprimento da obrigação principal do sujeito passivo – de contratar com o preferente – dá ensejo à execução específica, independentemente da eficácia real ou obrigacional da preferência. Se a eficácia da prelação for meramente obrigacional, a execução específica restringe-se à fase em que não tenha havido, ainda, contratação indevida com terceiro, em desrespeito à preferência. Já se a preferência for dotada de eficácia real, a execução específica poderá prosseguir mesmo após tal indevida contratação, conferindo o legislador ao preferente a faculdade de "haver para si o bem indevidamente alienado".

11. **O direito à indenização**: O descumprimento de qualquer das três obrigações a cargo do sujeito passivo enseja o direito à indenização do preferente, desde que restem comprovados os prejuízos daí advindos. Com relação ao descumprimento das obrigações de proceder à *denuntiatio* e de não prejudicar o efeito útil do exercício da

preferência, para parte da doutrina o preferente poderá fazer jus a uma indenização pelo interesse positivo, desde que demonstre, além do dano, que realmente pretendia preferir, e que tinha condições para tanto. Com relação à obrigação de contratar com o preferente, se a eficácia da preferência for meramente obrigacional, também o seu descumprimento dará margem à ação de responsabilidade pelo interesse positivo, segundo essa mesma doutrina. Já se se tratar de preferência com eficácia real, e o sujeito ativo tiver optado por pleitear cumulativamente a execução específica, a indenização corresponderá aos gastos que ele tiver incorrido para exercer coercitivamente o seu direito. Além da responsabilidade do sujeito passivo, casos há em que o terceiro, que com ele contrata em violação à preferência, poderá ser responsabilizado, seja por expressa previsão legal, como é o caso do pacto de preempção, seja em razão da teoria da tutela externa do crédito. Em qualquer caso, o direito à indenização do preferente depende da comprovação de que ele teria possibilidade de preferir.

12. **O direito à execução específica (ação de preferência)**: A ação de preferência, atualmente atípica no Brasil, é o meio adequado para o preferente exercer coercitivamente o seu direito, isto é, para executar especificamente a obrigação de contratar a cargo do sujeito passivo, independentemente da eficácia real ou obrigacional da preferência. Neste último caso, todavia, a ação de preferência só é útil enquanto não tenha havido, ainda, contratação indevida entre sujeito passivo e terceiro. O objetivo do procedimento, quando a preferência alcança eficácia real, não é colocar o preferente na posição jurídica do terceiro, numa espécie de mutação subjetiva, mas sim de executar a preferência perante o sujeito passivo mesmo após a contratação indevida com terceiro, na medida em que este último contrato será, perante o preferente, inoponível. A procedência da ação depende de seu ajuizamento dentro do prazo decadencial previsto para tal, e do depósito do preço. O efeito típico da ação, quando procedente, equivale à constituição de um novo contrato, entre sujeito passivo e preferente, com conteúdo objetivamente idêntico ao anteriormente celebrado, entre sujeito passivo e terceiro. São partes legítimas para figurar no procedimento o preferente, no pólo ativo, e o sujeito passivo e o terceiro, no pólo passivo.

13. **A eficácia real ou obrigacional dos direitos de preferência**: Como visto no primeiro Capítulo, quando o legislador concede expressamente ao preferente a faculdade de, mediante depósito do preço, "haver para si o bem indevidamente alienado" a terceiro, em violação à preferência, está a atribuir eficácia real à prelação. É o caso, por exemplo, da preferência concedida aos condôminos de bem indivisível. Com relação ao direito de preferência inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas, uma interpretação sistemática de alguns dispositivos da Lei das S.A. leva a crer que, preenchidos certos requisitos, também esta preferência, de origem convencional, ostentará eficácia real. Já com relação aos direitos de preferência legais aos quais não se tenha atribuído expressamente eficácia real, bem como aos demais pactos de preferência, parece que sua eficácia será meramente obrigacional. Isto não significa que outros institutos previstos no ordenamento jurídico pátrio não possam abrir para o preferente outras frentes. Uma das possibilidades é a teoria da tutela externa do crédito.

IV. Quanto à dinâmica dos direitos de preferência:

14. **Direito de preferência inserido em acordos de acionistas**: O direito de preferência inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas é possivelmente a espécie de preferência convencional de maior relevância prática na atualidade. Enquanto, em regra, a eficácia dos pactos de preferência é meramente obrigacional, a preferência inserida em pactos parassociais parece assumir eficácia real, numa interpretação sistemática dos artigos 40 e 118, ambos da Lei das S.A., desde que esteja o acordo arquivado na sede social e averbado junto aos livros de registro e certificados de ações. Apesar de a cláusula de preferência ser, em geral, cuidadosamente elaborada, vê-se, na prática, intrincadas situações concretas de difícil solução. Prevista no acordo a preferência simultânea dos pactuantes, proporcionalmente às suas participações societárias, não parece razoável admitir que, caso apenas parte dos preferentes manifeste interesse em adquirir as ações, o acionista alienante seja obrigado a alienar menos ações do que a quantidade originalmente oferecida, nos termos do contrato projetado com o terceiro. Assim, o ideal é permitir que os acionistas que tiverem interesse em adquirir as ações possam, diante da resposta negativa dos demais, propor-se a adquirir também as ações restantes, de forma a que todas as ações objeto da oferta inicial sejam a eles transferidas. Situação diversa é a que ocorre quando o objeto do

contrato a ser celebrado entre o acionista alienante e o terceiro ultrapassa o objeto do acordo de acionistas, isto é, quando estão sendo alienados outros bens, além das ações sobre as quais recai a preferência. Os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro não trazem uma resposta direta à questão. Parte da doutrina, fundamentando-se em dispositivos do ordenamento jurídico português, afirma que, a princípio, poderá o preferente exercer seu direito apenas com relação às ações afetadas ao acordo, sobre as quais recai a preferência convencional. Para tal, se o terceiro tiver oferecido preço global a várias coisas, incluindo a coisa a que se refere o direito de preferência (as ações afetadas), o titular do direito terá de satisfazer a parte correspondente ao referido preço. Entretanto, o sujeito passivo poderá exigir que a preferência se estenda a todas as coisas que não possam ser separadas daquela, sem prejuízo para ele. Por fim, passou-se a questionar se o direito de preferência, previsto em acordo de acionistas de certa sociedade, deveria ser disparado não só ante a potenciais alienações de ações de emissão da companhia objeto do acordo, como também ante a potenciais transferências de ações de titularidade das sociedades controladoras das partes signatárias do acordo. Diante do silêncio do acordo de acionistas a esse respeito, não se pode estender o direito de preferência às denominadas alienações indiretas de ações. Já se o acordo previr expressamente direito de preferência diante das alienações indiretas, esse tipo de pactuação pode dar margem a enormes controvérsias de ordem teórica e prática, o que demonstra que o direito de prelação não é o instrumento ideal quando as partes signatárias do acordo de acionistas pretendem restringir a livre circulação não só das ações de emissão da própria companhia objeto do acordo, de titularidade das partes signatárias, como também das ações de propriedade das sociedades controladoras dessas partes. Melhor atenderia aos objetivos geralmente almejados pelas partes a estipulação de opção de compra de ações.

15. **Direito de preferência dos condôminos de bem indivisível**: A preferência dos condôminos de bem indivisível, prevista no artigo 504 do Código Civil, foi uma das formas encontradas pelo legislador para promover, ainda que indiretamente, a extinção do condomínio, figura transitória e potencialmente geradora de conflitos. Se mais de um condômino manifestar interesse em adquirir a fração ideal em vias de alienação, privilegia-se, inicialmente, aquele que tiver realizado na propriedade comum mais benfeitorias e, não as havendo, o condômino titular do maior quinhão. Debate-se se a preferência atribuída aos condôminos incide apenas se o bem for indivisível, ou se

abrange também os bens em estado de indivisão. Discute-se, por fim, se a preferência somente é disparada diante da potencial alienação de fração ideal de um dos condôminos a terceiro, estranho à comunhão, ou se incide também na alienação da fração ideal de um condômino a outro. Ao que parece, neste último caso não terá sido preenchido o suporte fático de incidência para o exercício do direito de preferência.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "A boa-fé na relação de consumo", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, jun. 1995.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas*: comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Almedina, 2004.

ALESSI, Rosalba. "Prelazione e riscatto: un'ipotesi de esecuzione in forma specifica?". In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Ano 29. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 416-430.

ALMEIDA, Paulo Guilherme de. "O direito de preferência nos contratos agrários: a atividade agropecuária como característica fundamental". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1987, pp. 118-122.

ALVARENGA, Maria Isabel de Almeida. *Direito de preferência para a aquisição de ações*.2001. [?f]. Dissertação (Mestrado em direito comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

ALVES, Jones Figueirêdo. "Arts. 421 a 729". In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*: inovações comentadas artigo por artigo. São Paulo: Método, 2005.

ALVIM, Agostinho. "Imóvel locado: preferência do locatário para sua aquisição". In: *Revista dos tribunais*. V. 324. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1962, pp. 9-11.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. "Locação comercial – retomada para construção que valoriza o imóvel – possibilidade – fundo de comércio – indenização não devida – direito de preferência – inexistência". In: *Revista de processo*. V. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1986, pp. 202-208.

AMARAL, Francisco. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito civil:* introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMENDOLARA, Leslie. "A influência dos acordos de acionistas na gestão das empresas de capital aberto". In: *Revista do instituto dos advogados de São Paulo*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2003, pp. 22-31.

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*: dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. V. 2. Coimbra: Almedina, 1972.

ARAGÃO, Paulo Cezar. "Aspectos processuais da legislação societária". In: *Revista dos tribunais*. V. 641. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1989, pp. 61-71.

ARAÚJO, Carlos Antônio de. "Condomínio indivisível. Direito de preferência. Escritura pública de compra e venda. Condômino preterido. Validade do negócio jurídico". In: *Repertório de jurisprudência IOB*: civil, processual, penal e comercial. V. 3. São Paulo: IOB, dez. 2008, pp. 698-703.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968.

_____. *Direito civil*: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. "Direito de preferência do arrendatário". In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. V. 3. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 249-265.

ASSIS, Araken de. "Dano positivo e negativo na dissolução do contrato". In: *Revista do advogado*. V. 44. São Paulo: AASP, out. 1994, pp. 20-23.

_____; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. "Do direito das obrigações". In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASURMENDI, Camino Sanciñena. *La opción de compra*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. "Das várias espécies de contrato". In: FIGUEIREDO, Sálvio de (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. V. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. "Direito de preferência em arrendamento rural". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1982, pp. 183-193.

_____. "Direito de preferência na venda de cota societária". In: *Revista dos Tribunais*. V. 552. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1981, pp. 46-52.

_____. "Sociedade comercial: direito de preferência na venda de cota societária". In: *Revista dos tribunais*. V. 552. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1981, pp. 46-52.

_____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____; TUCCI, Rogério Lauria. "Lei do inquilinato. Exercício do direito de preferência e de apuração de perdas e danos, em virtude de preterição". In: *Revista dos tribunais*. V. 547. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 1981, pp. 29-37.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Acordo de acionistas com cláusula de preferência na aquisição de ações. Contrato *intuitu personae* a ser interpretado em duas fases: procura da

vontade comum das partes e boa-fé objetiva contextual. Teoria do abuso da personalidade jurídica. Extensão da preferência à hipótese implícita de alienação da controladora de uma das acionistas". In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 219-234.

_____. "Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres". In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 123-135.

_____. "Herdeiro *ex re certa*. Direito de preferência entre condôminos. Abuso de direito e fraude à lei (parecer)". In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 546-560.

_____. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer)". In: *Revista dos tribunais*. V. 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 1998, pp. 113-120.

BAHIA (Estado). Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 97.285. Ministro Soares Muñoz. Brasília, 06 ago. 1982. DJ, p.8.181, 27 ago. 1982.

BAHIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 50.226. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. [Brasília], 23 ago. 1994. DJ, p. 24.700, 19 set. 1994.

BAHIA. Tribunal de Justiça. 1. Câmara Cível. AC 46883. Desembargador Paulo Furtado. 15 ago.1984.

BAPTISTA, Albino Mendes. "Breves notas sobre o pacto de preferência na relação laboral desportiva". In: *Revista brasileira do direito desportivo*. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006, pp. 174-183.

BAPTISTA, Mario Neves. *O pacto de preempção e o terceiro adquirente de má-fé*: conceito, história e efeitos do pacto de preempção. Recife: Imprensa Industrial, 1948.

BARATA, Carlos Lacerda. *Da obrigação de preferência*: contributo para o estudo do artigo 416.º do Código Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. "Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e proposta para a reforma de sua disciplina legal". In: *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*. V. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2000, pp. 31-59.

BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à lei do inquilinato*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. 4. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958.

BITTENCOURT, Mario Diney Correa. "Preferência do condômino para aquisição do imóvel: aplicação do art. 1.139 do Código Civil". In: *Revista dos tribunais*. V. 477. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1975, pp. 58-66.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOGOMILSKY, Rabbi Moshe. *Hablarás de Torá*: Bereshit – una compilación de selectas revelaciones, pensamientos generadores de ideas y explicación de pasajes de la Torá. Buenos Aires: Editorial Bnei Sholem, 2000.

BONILINI, Giovanni; GIOVATI, Antonio; GUIOTTO, Alberto; MORA, Andrea. *La prelazione volontaria*. Milão: Giuffrè, 1993.

BORBA, José Edwaldo Tavares. "Acordo de acionistas e princípio da boa-fé objetiva. Acordo de acionistas. Direito de preferência. Intransferibilidade desse direito. Princípio da boa-fé objetiva. Violação indireta do acordo. Reparação do dano". In: *Temas de direito comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 243-279.

_____. *Direito societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORGES, Marcos Afonso. "Arrendamento rural - direito de preferência do arrendatário na aquisição do imóvel - ação própria". In: *Revista de processo*. V. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1990, pp. 174-185.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos". In: *Revista de direito privado*. V. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002, pp. 169-225.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. "Venda de ações entre acionistas sem respeitar o direito de preferência conferido por cláusula estatutária de companhia fechada. Nulidade do negócio e reparação de danos ocorridos". In: *Questões atuais de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 117-125.

_____. "Violação de cláusula de preferência estipulada em acordo de acionistas. Exame do acordo de acionistas, do direito de preferência e das consequências do inadimplemento". In: *Questões atuais de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 201-210.

BUSSADA, Wilson. *Código Civil brasileiro interpretado pelos tribunais*. V. 4. T. V. Rio de Janeiro: Liber Juris, [1995].

_____. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

CALCINI, Fábio Pallaretti. "Abuso do direito e o novo Código Civil". In: *Revista dos tribunais*. V. 830. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2004, pp. 27-45.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. "Dos bens (arts. 79 a 103)". In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 153-180.

CAMPINHO, Sérgio. "Regime jurídico do contrato. O contrato de locação na falência. Direito de preferência do locatário do falido. A falência e o princípio da 'venda (não) rompe a locação'". In: *Revista semestral de direito empresarial*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, jan./jun. 2008, pp. 241-267.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Estudos de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 77-102.

CARDOSO, Vladimir Mucury. "O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 61-109.

CARLEO, Roberto. *Prelazione legale e interesse dei creditori*. Milão: Giuffrè, 2000.

CARVALHO, Afrânio de. "Parte ideal e suas posições no registro". In: *Revista dos tribunais*. V. 634. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1988, pp. 13-17.

CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érica Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*: contratos e obrigações extracontratuais. V. 3. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionista*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Acordo de acionistas*: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.

CATALAN, Marcos. "Do pacto de preferência no contrato de compra e venda: direito pessoal ou obrigação com eficácia real?". In: *Revista jurídica empresarial*. V. 5. Porto Alegre: Notadez, nov./dez. 2008, pp. 105-121.

CATRICALÀ, António. "Patto do preferenza". In: *Enciclopedia del diritto*. V. 32. Milão: Giuffrè, 1982, p. 511.

CAVALCANTI, José Paulo. *Direito civil (escritos diversos)*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CEARÁ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 8.018. Ministro Dias Trindade. [Brasília], 13 maio 1991. DJ, p. 7.847, 10 jun. 1991.

CESAR, Celso Laet de Toledo. *Venda e divisão da coisa comum*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. “Atuação por via processual dos direitos decorrentes da nova lei das sociedades anônimas”. In: *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: AASP, 1978, pp. 63-76.

CHAVES, Antonio. “Opção”. In: LIMONGI, França R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 56. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 105-106.

CHAMOUN, Ebert. *Direito civil*: aulas do 4° ano proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal. Rio de Janeiro: Aurora, 1955.

CHICUTA, Kioitsi. “Locação de imóveis e o sistema registrário”. In: *Revista de direito imobiliário*. V. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./abr. 1996, pp. 27-43.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____.*Curso de direito civil*. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. . “Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual”. In: *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 131-149.

_____. “Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário”. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 228-244.

COMPORTI, Marco. *Contributo allo studio del diritto reale*. Milão: Giuffrè, 1977.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 1. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

_____. *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações – contratos, negócios unilaterais. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. II.

_____. *Tratado de direito civil português*: parte geral. V. 1. T. I. Coimbra: Almedina, 1999.

CORRÊA, Luiz Fabiano. “Comistão dos direitos reais e obrigacionais”. In: *Revista dos tribunais*. V. 744. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997, pp. 713-722.

_____. “Contratos preliminares ou pré-contratos”. In: *Revista dos tribunais*. V. 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1997, pp. 739-746.

CORREIA, A. Ferrer. “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”. In: *Estudos de direito civil comercial e criminal*: estudos jurídicos II. Coimbra: Almedina, 1985, pp. 33-51.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. “Da rescisão imotivada de acordo de acionistas por prazo indeterminado”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1985, pp. 39-44.

COSTA, Geraldo Gonçalves da. “Direito de preferência na lei do inquilinato”. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1988, pp. 144-146.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *O depósito do preço na acção de preferência*: separata da revista de legislação e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. *Acordo de quotistas*: análise do instituto do acordo de acionistas previsto na Lei nº 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas sociedades limitadas à luz do novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), com contribuições da teoria dos jogos. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

CRIBARI, Giovani. “Um ângulo das relações contratuais: proposta, contrato preliminar e opção”. In: *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Jurid Vellenich, jul./set. 1984, pp. 3-19.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

DAGOT, Michel. *Le pacte de préférence*. Paris: Litec, 1988.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil II*: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito, fim de 1943-1945, os contratos. Rio de Janeiro: São Paulo, 1978.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. V. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. *Do contrato*: teoria geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 1. Câmara Cível. EI 20000110268810. Desembargador José Divino de Oliveira. 24 set. 2003.

DUARTE, Ronnie Preuss. “Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil”. In: *Revista dos tribunais*. V. 817. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2003, pp. 50-78.

DUTILLEUL, François Collart. *Les contrats préparatoires à la vente d’immeuble*. Paris: Sirey, 1988.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. V. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. *A lei das S/A comentada*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. “Incorporação de companhia por sua subsidiária integral. Extinção de acordo de acionistas. Inaplicabilidade do artigo 264 da Lei das S.A. Prevalência do interesse social e abuso de direito”. In: *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 311-337.

_____. Parecer não publicado elaborado em 16 de maio de 2011, disponível nos autos do Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000 (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.).

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Atualizado por Rodrigues Gama. São Paulo: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FAVALE, Rocco. "Opzione. Art. 1331". In: BUSNELLI, Francesco Donato (Coord.). *Il Codice Civile*: commentario. Milano: Giuffrè, 2009.

FEDERIGHI, Wanderley José. "Direito de preferência e locação". In: *Revista de direito privado*. V. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2001, pp. 138-153.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Simulação e tutela de terceiros*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Dos contratos no direito brasileiro*. V. 1. 2. ed. Campinas: Mizuno, 2004.

FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: obrigações. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diógenes. "Direito de preempção". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2001, pp. 57-80.

_____. "Direito de preferência: instrumento urbanístico municipal". In: *Direito ambiental e urbanístico*: caderno imobiliário. V. 7. Porto Alegre: Magister, ago./set. 2006, pp. 5-36.

GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizado por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Introdução ao direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. "Direito de preempção e política urbana". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2004, pp. 23-46.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil brasileiro*. V. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRASSI NETO, Roberto. “O direito de preferência nos contratos agrários”. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1994, pp. 108-123.

GUEDES, Agostinho Cardoso. *O exercício do direito de preferência*. Porto: Coimbra Editora, 2006.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. “Execução específica do acordo de acionistas”. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1981, pp. 40-68.

_____ Parecer não publicado elaborado em 03 de agosto de 2011, disponível nos autos do Agravo de Instrumento 0217635-30.2011.8.26.0000 (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 11.10.2011, v.u.).

IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial*. Dissertação de mestrado, requisito parcial para a obtenção de título de mestre em direito comercial pela USP, apresentada em 2011.

KATAOKA, Eduardo Takemi. “Contornos dogmáticos do direito de superfície no Brasil”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 593-614.

KIRIN anuncia compra de 100% da Schincariol. Disponível em: <http://m.g1.globo.com/economia/noticia/2011/11/kirin-anuncia-compra-de-100-da-schincariol.html>. Acesso em 04 nov. 2011.

KONDER, Carlos Nelson. “Causa do contrato X função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial”. In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2010, pp. 33-76.

LAMY FILHO, Alfredo. “A desconsideração da personalidade jurídica em acordo de acionistas”. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* V. 2. Parte III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 296-309.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. T. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “Acordo de acionistas”. In: *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 209-244.

_____. “Do direito de preferência nos condomínios”. In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, pp. 57-63.

_____. “Lesão enorme em contrato comutativo e *put option agreement*”. In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, pp. 509-518.

_____. “Pacto de preferência em acordo de acionistas”. In: *Pareceres*. V. 1. São Paulo: Singular, 2004, pp. 277-289.

_____. “Pacto de preferência em estatuto social”. In: *Pareceres*. V. 2. São Paulo: Singular, 2004, pp. 883-891.

LEITÃO, Helder Martins. *Da acção de preferência*. 7. ed. Coimbra: Almeida & Leitão Ltda., 2009.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*: introdução, da constituição das obrigações. V. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

LGOW, Carla Wainer Chalréo. “Pessoas jurídicas: autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica”. In: *Revista semestral de direito empresarial*. V. 8. Rio de Janeiro: Renovar, jan./jun. 2011, pp. 25-57.

_____; CRUZ, Gisela Sampaio da. “Prescrição extintiva: questões controversas”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 563-587.

LIMA, Alvino. “A interferência de terceiros na violação do contrato”. In: *Revista dos tribunais*. V. 315. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1962, pp. 14-30.

LIMA, Ruy Cirne. “Cláusula de preferência (eficácia *erga omnes*)”. In: *Revista de direito público*. V. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1982, p. 217.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Acordo de acionistas”. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). *Direito das companhias*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 441-499.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Parte especial: das várias espécies de contratos”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: fontes das obrigações - contratos. V. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

_____. *Curso de direito civil*: direito das coisas. V. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

LOUREIRO, José Pinto. *Manual dos direitos de preferência*. V. 1. Coimbra: Livraria Gonçalves, 1944.

_____. *Manual dos direitos de preferência*. V. 2. Coimbra: Livraria Gonçalves, 1945.

LUZ, Valdemar P. da. “Direito de preferência”. In: *Revista dos tribunais*. V. 752. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1998, pp. 737-745.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. “O contrato preliminar e a sua previsão no novo Código Civil”. In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 14. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003, pp. 19-51.

MACHADO, Ataliba Marcondes. “Preferência do locatário, somente na aquisição de prédio residencial”. In: *Revista dos tribunais*. V. 348. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1964, pp. 30-36.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *A propriedade contemporânea*: direitos reais, oponibilidade, teoria dos bens. Tese de doutorado, requisito parcial para a obtenção de título de doutora em direito civil pela UERJ, apresentada em 2011.

MARANHÃO (Estado). Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 9.884. Ministro Orozimbo Nonato. [S.l], 05 out. 1948. Revista dos Tribunais, v.185.

MARCELINO, Américo Joaquim. *Da preferência*: estudos, notas da doutrina e jurisprudência e legislação mais comum. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MARCELINO, George Washington T.. “O acordo de acionistas no direito brasileiro e sua execução”. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Sociedades por ações*: estudo nº 21. São Paulo: Resenha Universitária, 1982, pp. 1.351-1.486.

MARQUES, Evy Cynthia. “Fundamentos jurídicos do direito de retirada”. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 115-132.

MARQUES, José Frederico. “A preferência do inquilino”. In: *Revista dos tribunais*. V. 334. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1963, pp. 551-557.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações* (apontamentos). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

MARTINI, Angelo de. “Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione”. In: *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d’insegnamento*: diritto civile. V. 3. Bologna: Zanichelli Editore, 1953.

MARTINS, António Carvalho. *Preferência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas: parte geral do Código Civil. V. 6. São Paulo: Método, 2006, pp. 505-544.

MATO GROSSO DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 824.023. Ministro Sidnei Beneti. [Brasília], 18 maio 2010. DJe, 18 jun. 2010.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. "O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 377-396.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. V. 3. T. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada Cível. 3.Câmara Cível, AC 23.564. Juiz Francisco Figueiredo. [Minas Gerais], 30 abr.1985. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1. Câmara Cível. AC 67.078. Desembargador Lúcio Urbano. 16 abr. 1985.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 12. Câmara Cível AI 1.0145.96.021622-7/001. Desembargador José Flávio de Almeida. 20 jan. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 12. Câmara Cível. AC 1.0428.05.000945-8/001. Desembargador Alvimar de Ávila. 15 fev. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 16ª CC, AC 1.0261.05.032670-9/001. Desembargador José Amâncio. 25 jan. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 2. Câmara Cível. CC, AC 52.540. Desembargador Fernandes Filho. 16 set. 1980.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5. Câmara Cível. AC 2.0000.00.364043-5/000(1). Desembargador Armando Freire. 27 jun. 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5. Câmara Cível. CC, AC 1.0000.00.278003-9/000(1). Desembargador Maria Elza. 12 set. 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC 1.0000.00.243209-4/000(1). Desembargador Nilson Reis. 30 abr. 2002.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento n. 1.095.276. Ministro Humberto Martins. [Brasília], 25 maio 2010. DJe, [p.?], 11 jun. 2010.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental de medida cautelar n. 18.158. Ministro Nancy Andrighi. [Brasília], 09 ago. 2011. DJ, [p.?], 17 ago. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental nos embargos de divergência no recurso especial, n. 645.672. Ministro Aldir Passarinho Junior. [Brasília], 12 set. 2007. DJ, p.285, 11 out. 2007.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 109.787, Ministro Costa Leite. [Brasília], 17 ago. 1999. DJ, p. 351, 17 dez.1999.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 27.517. Ministro Eduardo Ribeiro. [Brasília], 23 mar. 1993. DJ, p. 9.331, 17 maio 1993.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 164.442. Ministro Luis Felipe Salomão. [Brasília], 21 ago. 2008. DJe, 01 set. 2008.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 263.774. Ministro Aldir Passarinho Junior. [Brasília], 15 ago. 2006. DJ, p. 237, 05 fev. 2007.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 300.227. Ministro Aldir Passarinho Junior. [Brasília], 15 fev. 2007. DJ, p. 243, 26 mar. 2007.

MIRANDA, Edson Antonio. *Execução específica dos acordos de acionistas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MIRANDA, Pontes de. "Parecer sobre diminuição de prazo para a existência de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e cláusulas contratuais que têm de ser respeitadas (10 de janeiro de 1969)". In: *Dez anos de pareceres*. V. 7. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, pp. 1-11.

_____. *Tratado de direito privado*. T. V. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de direito privado*. T. XII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Tratado de direito privado*. T. XVIII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Tratado de direito privado*. T. XXXVIII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Tratado de direito privado*. T. XXXIX. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005.

MONTEIRO, Luís Miguel. *Direitos e obrigações legais de preferência no novo regime jurídico do arrendamento urbano (RAU)*. Lisboa, 1992. Disponível em: <http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/339.pdf >. Acesso em 17 nov. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. 5. 34. ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. "Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 46. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2011, pp. 201-208.

_____. "Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje". In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo, Atlas, 2008, pp. 262-281.

_____; BIANCHINI, Luiz Lourenço. "Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito)". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 453-471.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. *Direitos reais segundo as prelecções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71*. Coimbra: Almedina, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Abuso do direito". In: *Revista síntese de direito civil e processual civil*. V. 26. Porto Alegre: Síntese, nov./dez. 2003, pp. 125-134.

MOSCARINI, Lucio Valerio. "Prelazione". In: *Enciclopedia del diritto*. V. 34. Milão: Giuffrè, 1985, p. 981 e ss.

MULHOLLAND, Caitlin. "O princípio da relatividade dos efeitos contratuais". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 255-280.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. "Abuso do direito". In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 738-772.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. "O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 413-435.

NONATO, Orosimbo. "Direito de preferência". In: *Revista dos tribunais*. V. 382. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1967, pp. 51-61.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. V. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OBICI, Renata Cristina. *Relativização do direito potestativo extintivo à luz da teoria do abuso do direito*. Dissertação de mestrado, requisito parcial para a obtenção de título de mestre em direito empresarial e cidadania pelo Centro Universitário Curitiba, apresentada em 2008.

OLIVA, Milena Donato de. “A responsabilidade do adquirente pelos encargos condominiais na propriedade horizontal”. In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 26. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2006, pp. 67-105.

OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OSSORIO, Angel. *El contrato de opción*. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1939.

PALANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. 63. ed. Munique: C. H. Beck, 2004.

PARÁ. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial, n. 203.851. Ministro Maria Thereza de Assis Moura. [Brasília], 21 fev. 2008. DJe, 10 mar. 2008.

PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 904.810. Ministro Humberto Gomes de Barros. [Brasília], 15 dez. 2007. DJ, p. 352, 19 mar. 2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 18ª CC, AC 321679-1. Desembargador Carlos Mansur Arida. 28 jun. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 2ª CC, AC 62441-7. Desembargador Ângelo Zattar. 19 nov. 1997.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 6ª CC, AC 303322-9. Desembargador Waldemir Luiz da Rocha. 27 set. 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 6ª CC, AC 354191-3. Desembargador Sérgio Arenhart. 12 set. 2006.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. “Cessão de quotas de ‘holding’ de companhia aberta”. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.* V. 2. Parte III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 611-635.

PEIXOTO, Ester Lopes. “O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro”. In: *Revista de direito do consumidor*. V. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, pp. 140-171.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1. 20. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de direito civil*. V. 3. 11. ed. Atualizado por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Tatiana Bonatti. “O contrato de opção de compra”. In: *Revista de direito privado*. V. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2011, pp. 323-344.

PÉREZ, José Luis Navarro. *La compraventa civil*. Granada: Editorial Comares, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

_____. *Perfis de direito civil*: introdução ao direito civil-constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. "O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro". In: *Revista de direito do consumidor*. V. 23-24. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 1997, pp. 199-224.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. 2 v. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

POPP, Carlyle. "Do direito de preferência na lei do inquilinato em vigor". In: *Jurisprudência brasileira*. V. 176. Curitiba: Juruá, dez. 1995, pp. 23-32.

POVEDA, Pedro González. *Compraventa y opción de compra*. Madrid: Actualidad Editorial S.A., 1994.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

REY, Manuel Ignacio Feliu. *El tanteo convencional*. Madrid: Editorial Aranzadi, 1997.

RIO DE JANEIRO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 10.910. Ministro Cláudio Santos. [Brasília], 16 mar. 1993. DJ, p. 7.202, 26 abr. 1993.

RIO DE JANEIRO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 631.221. Ministro Arnaldo Esteves Lima. [Brasília], 05 out. 2006. DJ, p. 348, 23 out. 2006.

RIO DE JANEIRO (Estado).Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 101.457. Ministro Sydney Sanches. Brasília, 07 jun. 1985. DJ, p. 12.051, 02 ago. 1985.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 2. Câmara Cível, AC 51.699. Juiz Francisco Faria.[Rio de Janeiro], 08 maio 1980. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª CC, AC 0033564-55.2006.8.19.0001. Desembargador Jesse Torres. 01 set. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª CC, AC 0012080-70.1997.8.19.0042. Desembargador Elisabete Filizzola. 07 jul. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 5ª CC, AC 0010630-42.2002.8.19.0002 (2005.001.23462). Desembargador Antonio Cesar Siqueira. 27 set. 2005.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 11ª CC, AC 0008826-58.2006.8.19.0209 (2008.001.52838). Desembargador Mauro Martins. 19 nov. 2008.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 11ª CC, AC 0191805-25.2009.8.19.0001. Desembargador José C. Figueiredo. 13 jul. 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 13ª CC, AC 0057196-72.2004.8.19.0004 (2005.001.45536). Desembargador Ademir Pimentel. 28 dez. 2005.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 16ª CC, AC 0036344-94.2008.8.19.0001, Rel. Des. Mauro Dickstein, j. 03.04.2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 16ª CC, AC 2000.001.04629. Desembargador Miguel Ângelo Barros. 23 maio 2000.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 16ª CC, AC 2003.001.01628. Desembargador Edson Vasconcelos. 17 jun. 2003.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 17ª CC, AC 0001011-95.2001.8.19.0011 (2008.001.07462). Desembargador Edson Vasconcelos. 28 maio 2008.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 17ª CC, AI 0023695-95.2011.8.19.0000. Desembargador Edson Vasconcelos. 28 set. 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 19ª CC, AC 0000435-04.2008.8.19.0029. Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. 13 abr. 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 19ª CC, AI 0003599-93.2010.8.19.0000. Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. 12 abr. 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 1ª CC, AC 0014082-13.1995.8.19.0000 (1995.001.03327). Desembargador Pedro Américo R. Gonçalves. 05 set.1995.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 1ª CC, AC 2007.001.02153. Desembargador Maldonado de Carvalho. 20 mar. 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª CC, AC 0080511-07.2005.8.19.0001 (2007.001.00796). Desembargador Elisabete Filizzola. 13 jun. 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 3ª CC, AC 0001514-22.2006.8.19.0212 (2007.001.12592). Desembargador Luiz Felipe Haddad. 03 maio 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 3ª CC, AC 0123222-27.2005.8.19.0001. Desembargadora Helena Cândida Lisboa Gaede. 16 jun. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 3ª CC, AC 0164845-32.2009.8.19.0001. Desembargadora Renata Cotta, j. 08.02.2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 3ª CC, AC 1992.001.05912. Desembargador Torres de Melo. 08 mar. 1994.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 4ª CC, AC 0008063-93.1992.8.19.0000 (1992.001.02935). Desembargador Caetano Costa. 27 out. 1992.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 4ª CC, AC 0062746-18.2008.8.19.0001 (2009.001.32118). Desembargador Sidney Hartung. 22 out. 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 4ª CC, EI 16.057/81. Desembargador Jorge Loretti. 10 mar. 1982.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 6ª CC, AC 0156647-50.2002.8.19.0001 (2004.001.16608). Desembargador Gilberto Rego. 04 nov. 2004.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 6ª CC, AC 1990.001.03019. Desembargador Pestana de Aguiar. 06 ago. 1991.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 7ª CC, AC 0013789-75.2007.8.19.0209. Desembargador André Andrade. 30 mar. 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 8ª CC, AC 0002785-33.2005.8.19.0008. Desembargadora Ana Maria Oliveira, 13 jul. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 8ª CC, AI 0042530-68.2010.8.19.0000. Desembargador Luiz Felipe Francisco. 09 nov. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 9ª CC, AC 0097918-02.2000.8.19.0001 (2005.001.14456). Desembargador Roberto de Abreu e Silva. 22 nov. 2005.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 1.103.241. Ministro Nancy Andrighi.[Brasília], 03 set. 2009. DJ, 16 out. 2009.
RIO GRANDE DO SUL (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 1.216.009. Ministro Nancy Andrighi. [Brasília], 14 jun. 2011. DJ, 27 jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 2.223. Ministro Gueiros Leite. [Brasília], 14 ago. 1990. DJ, p. 10.444, 01 out. 1990.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 578.174. Ministro Arnaldo Esteves Lima. [Brasília], 12 set. 2006. DJ, p. 342, 09 out. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 17ª CC, AC 7000.482.8513. Desembargador Elaine Harzheim Macedo. 03 set. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª CC, AC 70004659413. Desembargador Mário Crespo Brum. 19 dez. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 3. CC, EI 594125767. Desembargador Clarindo Favretto. 01 set. 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª CC, AC 591072475. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. 28 nov. 1991.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª CC, AC 70015808389. Desembargador Léo Lima. 22 nov. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. TJ/RS, 1ª CC, AC 586002727. Desembargador Athos Gusmão Carneiro. 04 mar.1986.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil aplicado.* V. 6. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito civil*: direito das coisas. V. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Compra e venda, troca, contrato estimatório". In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. V. 6. T. I. São Paulo: Atlas, 2008.

RUTTER, Paul S.; MONTGOMERY, Duane M.. *Options, rights of first refusal, rights of first negotiation and rights of first offer*: a guide through the maze. Disponível em: <http://www.gilchristrutter.com/CM/Articles/Options,%20Rights%20of%20First%20Refusal.pdf>. Acesso em 05 jun. 2012.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Le droit de préemption*
et de Jurisprudence, 1979.

SANTA CATARINA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 886.583. Ministro Arnaldo Esteves Lima.[Brasília], 23 fev. 2010. DJ, 26 abr. 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 3ª CC, AC 28.419. Desembargador Cid Pedroso. 28 fev.1989.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. V. 16. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. V. 9. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 16.872. Ministro Eduardo Ribeiro. [Brasília], 24 fev. 1992. DJ, p. 4.998, 13 abr. 1992.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 1.925. Ministro Eduardo Ribeiro. [Brasília], 13 mar.1990. DJ, p.2.742, 09 abr. 1990.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 19.538. Ministro Cláudio Santos. [Brasília], 20 abr. 1993. DJ, p. 9.330, 17 maio 1993.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 33.176. Ministro Cláudio Santos. [Brasília], 03 out. 1995. DJ, p.40.883, 27 nov. 1995.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 60.656. Ministro Eduardo Ribeiro. [Brasília], 06 ago.1996. DJ, p. 41.641, 29 out. 1996.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 199.609. Ministro Luis Felipe Salomão, [Brasília], 02 mar. 2010. DJe, 22 mar. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 4.180. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. [Brasília], 15 abr. 1991. DJ, p. 6.532, 20 maio 1991.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 71.731. Ministro César Asfor Rocha.[Brasília], 24 mar. 1998. DJ, p. 110, 13 out. 1998.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 88.408. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. [Brasília], 23 set. 1998. DJ, p. 358, 18 dez. 1998.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 9.934. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. [Brasília], 02 mar.1993. DJ, p. 9.338, 17 maio 1993.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 247.245. Ministro Gilson Dipp. [Brasília], 08 ago. 2000. DJ, p. 278, 11 set. 2000.

SÃO PAULO (Estado). Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 489.860. Ministro Nancy Andrighi, [Brasília], 27 out. 2004. DJ, p. 212, 13 dez. 2004.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 2. Câmara Cível, AC 45.706. Juiz Marcos Nogueira Garcez. [São Paulo], 30 abr. 1962. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 333, p. 337-339, jul. 1962.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 3. Câmara Cível. AC 175.826-6. Juiz Gastão Santos. [São Paulo], 12 fev.1985. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 3. Câmara Cível. AC 312.004-0-00. Juiz Antonio Mansur. [São Paulo], 24 mar. 1990. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 4. Câmara Cível, AC 265.769. Juiz Vieira de Moraes. [São Paulo], 26 dez. 1979. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 5. Câmara Cível. AC 182.044-2. Juiz. Cezar Peluso. [São Paulo], 12 jun.1985. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 5. Câmara Cível. AC 156.573. Juiz Luiz Tâmbara. [São Paulo], 16 mar. 1983. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 5. Câmara Cível. AC 156.749. Juiz Alfredo Migliore. [São Paulo], 14 set.1983. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Cível. 7. Câmara Cível. AC 251.695-1. Juiz Demóstenes Braga. [São Paulo], 22 dez. 1989. BUSSADA, Wilson. *Direito de preferência interpretado pelos tribunais*. São Paulo: Hemus, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 10ª CDPriv., AC 43.840-2. Desembargador Prado Rossi. 21 set. 1982.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª CDPriv., AC 21.446. Desembargador Lafayette Salles Juniorj. 06 nov. 1957.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª CDPriv., AI 407.617-4/8-00. Desembargador Morato de Andrade. 20 set. 2005.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 33ª CDPriv., AC 9052760-94.2005.8.26.0000 (992.05.083310-2; 1006763/4-00). Desembargador Luiz Eurico. 29 mar. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 36ª CDPriv., AC 9147224-47.2004.8.26.0000 (868560- 0/5; 992.04.014393-6). Desembargador Arantes Theodoro. 30 mar. 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 3ª CDPriv., AC 44.808, Desembargador Breno Caramuru. 03 nov.1949.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 3ª CDPriv., AI 9033372-16.2002.8.26.0000 (232.213-4/4). Desembargador Enio Zuliani. 06 jun. 2002.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 4ª CDPriv., AC 9047055-91.2000.8.26.0000 (166.992-4/2-00). Desembargador Olavo Silveira. 28 set. 2000.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 5ª CDPriv., AC 9124527-90.2008.8.26.0000. Desembargadora Christine Santini. 04 abr. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 5ª CDPriv., AC 9131387-44.2007.8.26.0000. Desembargadora Christine Santini. 21 set. 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 6ª CDPriv., AC 0348816-28.2009.8.26.0000 (642.108-4/0-00). Desembargador Vito Guglielmi. 06 ago. 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 6ª CDPriv., AI 9015393-75.2001.8.26.0000. Desembargador Sebastião Carlos Garcia. 12 abr. 2002.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 7ª CDPriv., AC 0276755-72.2009.8.26.0000. Desembargador Gilberto de Souza Moreira. 02 fev. 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 0217635-30.2011.8.26.0000. Desembargador Enio Zuliani. 11 out. 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça., 6ª CDPriv., AC 514.951-4/7-00. Desembargador Reis Kuntz. 19 jul. 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. "A representação no novo Código Civil". In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 229-254.

SCHULMAN, Ronald. "Considerações sobre o direito de preferência na locação urbana". In: *Revista dos tribunais*. V. 588. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1984, pp. 261-266.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. "Anotação ao acórdão do STJ de 6 de março de 1979". In: *Revista de legislação e jurisprudência*. Ano 112. V. 3.649. Coimbra: Coimbra Editora, dez. 1979, pp. 242-246.

SILVA, Agathe E. Schmidt. "Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo". In: *Revista de direito do consumidor*. V. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1996, pp. 146-161.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo, José Bushatsky, 1976.

_____. "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português". In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIMÃO, José Fernando. "A boa-fé objetiva: nova disciplina de um velho instituto". In: *Revista de faculdade de direito Fundação Armando Álvares Penteado*. V. 4. São Paulo: FAAP, 2007, pp. 129-145.

SOBRINHO, João Leães. "Venda de imóvel rural. Fazenda dividida em glebas distintas, arrendadas a pessoas diversas. Venda do todo a terceiro. Notificações prévias aos arrendatários com teor e datas diferentes. Ineficácia. Se a eles é dado exercer o direito de preferência apenas sobre a parte arrendada". In: *Revista dos tribunais*. V. 499. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 1977, pp. 44-52.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STEDMAN, Graham & Janet Jones. *Shareholders' agreements*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

SWENSSON, Walter Cruz. "Preferência do inquilino para a aquisição do imóvel locado – natureza do direito instituído pela lei do inquilinato". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1980, pp. 79-89.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 1.125.618. Ministra Maria Isabel Gallotti. [S.l], 24 abr. 2012. Informativo de Jurisprudência, n. 496 23 abr. a 4 maio 2012.

TAMBURRINO, Giuseppe. *I vincoli unilateralli nella formazione progressiva del contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1991.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922. V. 1. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe.asp?ID=48&Titulo=Biblioteca%20Digital&Area=BibliotecaDigital#>. Acesso em 03 nov. 2011.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. V. 1. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. "A técnica da representação e os novos princípios contratuais". In: *Temas de direito civil*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 125-144.

_____. "Autonomia privada e obrigações reais". In: *Temas de direito civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 275-304.

_____. "Das várias espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Do transporte. Arts. 653 a 756". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. V. 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. "Direito das Coisas". In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. V. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. "Estipulação contratual de opção unilateral de venda: controvérsias envolvendo o direito ao *put*". In: *Temas de direito civil*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 311-329.

_____. "Notas sobre a função social dos contratos". In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-405.

_____. "Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula 'to the best knowledge of the sellers'". In: *Temas de direito civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 241-273.

_____. "Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução". In: *Temas de direito civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 135-146.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. "O Código Civil e o direito civil constitucional". In: *Revista trimestral de direito civil*. V. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003, pp. III-IV.

_____; SCHREIBER, Anderson. "Direito das Obrigações". In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. V. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

TERZAGO, Gino; MOLINARI, Massimo. *Diritto di prelazione e riscatto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão". In: *Revista dos tribunais*. V. 780. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2000, pp. 11-28.

TWORKOWSKI, Carlos Alberto. "A averbação e o registro dos contratos de locação no Registro de Imóveis: repercussões legais". In: *Revista de direito imobiliário*. V. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 2007, pp. 15-26.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VELARDOCCHIO-FLORES, Dominique. *Les accords extra-statutaires entre associés*. Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: contratos em espécie. V. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito civil*: direitos reais. V. 5. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. V. 2. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Lei do inquilinato comentada*: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, Marco Aurélio S.. "Dos direitos reais". In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. V. 16. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANNA, Márcio Correia. "A conceituação jurídica do acordo de acionistas e a licitude da convenção de voto". In: *Revista forense*. V. 253. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1976, pp. 468-475.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

WALD, Arnoldo. "*Affectio societatis* na sociedade de pessoas e no acordo de acionistas. Rompimento. Resolução do acordo de acionistas. Aprovação do quotista. Direito de bloqueio. Ofensa à Lei 8.884/94. Direito de preferência. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o Juízo Arbitral. Competência do Juízo. In: *Revista de arbitragem e mediação*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2005, pp. 207-229.

_____. "A violação do direito de preferência para aquisição de ações". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1983, pp. 147-151.

_____. "Da prevalência do critério econômico da indivisibilidade e dos efeitos reais da preferência do condômino (interpretação do art. 1.139 do Código Civil)". In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. V. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1991, pp. 177-191.

_____. "Do regime jurídico do direito de preferência decorrente de acordo de acionistas: da inviabilidade do exercício do direito de preferência sobre parte do objeto da oferta". In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2006, pp. 117-139.

_____. "O direito de preferência e a incorporação de ações em outra sociedade". In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. V. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1982, pp. 5-14.

WALKER, David I.. *Rethinking rights of first refusal*. Harvard Law School. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=188190>. Acesso em 04 abr. 2012.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. V. 1. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico, 1902.