

PATRIMÔNIO
BM&A
ADVOGADOS

26807



200023658108

DIREITO
PREFERÊNCIA

"Não é preciso, portanto, dizer muito para mostrar a importância da obra que ora se apresenta:

...cuna editorial importante, este livro sistematiza a obra da própria autora, mais do que isso, em razão da forma adotada pelo legislador, no Código de Processo Civil, e das normas legislativas. O livro, não se reduz à sistematização, é densa e bem fundamentada, com trabalhos acadêmicos de qualidade, ao mesmo tempo, aborda os problemas jurídicos

reais. [...] Nas páginas que se seguem, o tema é problematizado de forma instigante, sempre com exemplos concretos; a leitura é prazerosa – o leitor entenderá, então, a razão pela qual este livro está entre as minhas preferências."

Trecho da Apresentação elaborada pela professora Gisela Sampaio da Cruz Guedes

APLICAÇÃO

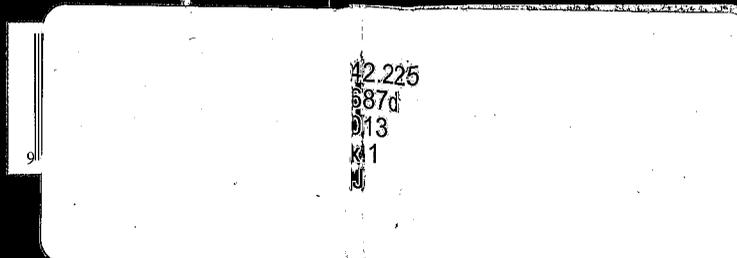
Leitura complementar para as disciplinas *Direito Civil* (em especial obrigações e contratos) e *Direito Empresarial* (em especial direito societário). Obra de relevante interesse para profissionais que atuam nas áreas de direito civil e empresarial (societário).

DIREITO / PREFERÊNCIA

CARLA WAINER CHALRÉO LGOW

DIREITO *de* PREFERÊNCIA

atlas.com.br



atlas

Carla Wainer Chalréo Lgow

Direito de Preferência

PATRIMÔNIO
BM&A
Biblioteca - RJ

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2013

© 2013 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Entexto – Diagramação de textos



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lgow, Carla Wainer Chalréo
Direito de preferência /Carla Wainer Chalréo Lgow.
São Paulo: Atlas, 2013.

Bibliografia.
ISBN 978-85-224-7949-8
eISBN 978-85-224-7950-4

1. Direito civil – Brasil 2. Direito de preferência – Brasil I. Título.

13-04536
CDU-347(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito de preferência: Direito civil 347(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

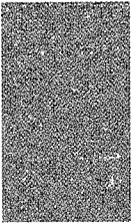
Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

“Aos queridos Daniel, Rafael e à futura Rachel,
que sempre terão a minha preferência.”



Apresentação

A escolha do tema de todo trabalho acadêmico – seja de uma tese, de uma dissertação ou mesmo de uma monografia – é uma decisão muito difícil para qualquer aluno minimamente sério. Lembro-me como se fosse hoje do dia em que a Carla entrou na minha sala do escritório, aflita como toda aluna de mestrado (ainda mais ela, que é muito séria), porque ainda não tinha escolhido o tema de sua dissertação. Embora ela tenha dito, em seus agradecimentos, que a auxiliei nessa escolha, na verdade, nesse caso, acho que foi o tema que a escolheu como autora, e não o contrário.

A diversidade dos institutos que envolve faz do direito de preferência um assunto riquíssimo, mas, justamente por isso, esse tema não poderia ter sido desenvolvido por qualquer pessoa: demandava um autor que pudesse transitar bem no direito civil e no direito societário (no direito empresarial, de maneira geral). A Carla, além de ter conhecimento e atuar profissionalmente nessas duas áreas, já vivenciou, junto comigo no escritório, inúmeras discussões específicas sobre direito de preferência, quase sempre por conta de cláusulas mal redigidas, elaboradas na malfadada técnica do “recorte e cole”. Toda essa experiência precisava ser aproveitada de alguma forma, daí o tema ter escolhido a autora.

A decisão foi acertada porque, nesse caso, a autora está realmente à altura do tema, que, aliás, além de interessante, é também atemporal e tem desafiado, ao longo dos últimos anos, a argúcia dos juristas nacionais e estrangeiros, sendo protagonista inclusive de algumas arbitragens de que se tem notícia, envolvendo o direito empresarial. Esta obra tem, portanto, um alcance enorme. Em tempos de boa-fé objetiva e função social do contrato, em que até o velho adágio romano do *pacta sunt servanda* é posto em xeque, nada mais oportuno do que estudar institutos como o direito de preferência, que representa uma restrição à liberdade de contratar, inserida, em geral, em negócios jurídicos

translatícios de propriedade, e, como tal, também precisa ser relida à luz dos novos paradigmas do direito contratual.

Este livro, além de traçar um grande panorama do direito de preferência, aborda também a sua dinâmica no âmbito dos acordos de acionistas e nos condomínios de bem indivisível – dois campos em que o direito de preferência incide com frequência. A obra é composta por quatro capítulos, numa divisão bastante didática. No primeiro capítulo, a autora dedica-se ao estudo do binômio “estrutura e função”, além de tratar da natureza jurídica do direito de preferência. Há, na doutrina, pelo menos cinco grandes correntes a discutir a natureza jurídica dessa restrição à liberdade de contratar. Já neste primeiro capítulo o leitor irá perceber a importância do instituto e sua compatibilidade com diversos negócios jurídicos.

No segundo capítulo, a autora passa a analisar a preferência como relação jurídica complexa. É nesse capítulo que examina a constituição do direito de preferência, como se devem dar a comunicação para o exercício da preferência e o seu exercício em si. Ainda no segundo capítulo, ao final, a autora provoca o leitor com algumas indagações instigantes: “O sujeito passivo e o preferente podem, de comum acordo, celebrar o contrato em termos diversos do projetado com o terceiro?”; “O exercício da preferência constitui para o preferente uma obrigação de contratar?”; “Após o exercício da preferência, pode o sujeito passivo voltar atrás em sua decisão de contratar?”. Essas e outras questões não estão aí por acaso: são problemas jurídicos reais com os quais a autora já se deparou em mais de uma situação na sua experiência como advogada.

No terceiro capítulo, o livro trata do momento patológico da relação prelatícia, quando há o descumprimento do direito de preferência. Nesse capítulo, a autora se debruça sobre os meios de tutela que o direito coloca à disposição do preferente prejudicado pelo descumprimento. Logo no início desse capítulo, a autora enfrenta uma discussão importante sobre a eficácia real ou obrigacional dos direitos de preferência. Na sequência, passa a discorrer sobre o direito à indenização e acerca do direito à execução específica, via ação de preferência. Esse capítulo acaba tendo, assim, um viés mais processual, útil para os advogados de contencioso.

Por fim, no quarto e último capítulo, o livro aborda a dinâmica do direito de preferência. Para tanto, a autora escolheu aprofundá-lo em dois campos em que esse direito incide com relativa frequência, como já se adiantou: nos acordos de acionistas e nos condomínios de bem indivisível. Este último capítulo é interessante porque acaba tratando de duas espécies de direito de preferência de origens diversas: nos acordos de acionistas, o direito de preferência é contratual, ao passo que, nos condomínios de bens indivisíveis, ele decorre da lei, mais precisamente, do art. 504 do Código Civil. Apesar da diversidade de fontes, como demonstra a autora, é possível traçar uma teoria geral, comum a ambas as espécies.

Não é preciso, portanto, dizer muito para mostrar a importância da obra que ora se apresenta: além de preencher uma lacuna editorial importante no mercado brasileiro, este livro sistematiza tema que, como observou a própria autora, mais parece um grande

“mosaico”, em razão da forma esparsa como foi tratado pelo legislador, no Código Civil e em outros diplomas legislativos. O mérito da autora, entretanto, não se reduz à sistematização do tema. A obra é densa e bem fundamentada, como todos os trabalhos acadêmicos de qualidade devem ser, mas, ao mesmo tempo, volta-se para a solução de problemas jurídicos reais. É escrita por uma jovem professora, que também é advogada e preocupada em resolver questões jurídicas concretas, especialmente no âmbito das relações empresariais, seu foco de interesse.

Com o selo de qualidade da UERJ, a dissertação que deu origem a este livro foi aprovada com distinção e louvor. O livro incorpora as críticas da banca examinadora e acrescenta mais algumas pesquisas que a autora realizou após a defesa de sua dissertação de mestrado. As suas mais de 500 notas de rodapé, recheadas de pesquisas, dizem muito sobre a trajetória profissional da autora: Carla Lgow faz parte da área de pesquisa do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão desde 2005, onde vem desenvolvendo a sua carreira de forma brilhante, sendo hoje meu braço direito. Nas páginas que se seguem, o tema é problematizado de forma instigante, sempre com exemplos concretos; a leitura é prazerosa – o leitor entenderá, então, a razão pela qual este livro está entre as minhas preferências.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Professora Adjunta da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ

Sócia do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão

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 sobre direito de preferência. Sequer é preciso explicar o quanto essa 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 deste livro, 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, e aos queridos amigos Ellen Juste Nuñez, Patrícia Oliveira Ferrari Sabino, Fernanda Pereira Carneiro, Isabel Lysandro de Albernaz Pumar, Isabel Leslie Rose, Carla Vilmar da Motta Veiga, Rachel de Oliveira Sampaio de Andrade, Larissa Veloso da Costa Santos Brechbühler, Fernanda Tavares, Gabriella Maranesi Najjar, Ian Bussinger 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 deste livro, 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 e da elaboração de um livro, de meu querido Rafael, pois sem eles a vida sequer faria sentido.

Enfim, a todos que, de algum modo, me ajudaram, só tenho a agradecer.

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 Civil¹ e em legislação especial, quando, por alguma razão, considerou-se prudente atribuir essa 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 deste livro, 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, 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 isso 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.

¹ Lei nº 10.406/2002.

² A preferência do inquilino. *RT*, v. 334, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1963, p. 551.

Cumprir 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 alinhar os traços que definem a identidade da relação de preferência. Desse 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 disposição do preferente para reagir ao incumprimento, tendo em conta principalmente o momento em que ocorrem 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.

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