

P A R E C E R E S

DO

PROF. SORIANO NETO

Direito de preferência pactuado em favor do
locatário e seu exercício no caso de venda
simulada do imóvel a terceiro

CONSULTA

A firma comercial desta praça M. Campos & Cia. Ltda., desde o ano de 1924, é estabelecida com a "Livraria Colombo", à rua da Imperatriz nº 254, em virtude de contratos de locação sucessivamente renovados.

O último dos contratos celebrados entre o locatário e os donos do imóvel, Fernando Pessoa de Queiroz e sua mulher, reiterando estipulações dos contratos anteriores, contém a seguinte cláusula:

"Terminado o contrato de arrendamento, os locatários terão a preferência em igualdade de condições sobre qualquer outro pretendente. Igual preferência terão os locatários a compra do prédio locado, no caso do mesmo ser vendido na vigência do arrendamento, o qual, não obstante, será respeitado para o que os locadores se obrigam a mencioná-lo sob tal condição na respectiva escritura".

O contrato foi registrado no Registro Geral de Imóveis desta Comarca, para valer, em todas as cláusulas, contra terceiros.

Em junho de 1942, M. Campos & Cia. Ltda. pro-

pôs contra os locadores uma ação de renovação de contrato de locação, fundada, como é sabido, no decreto federal nº 24.150 de 20 de abril de 1943.

Como represália à aludida demanda e mesmo porque residissem no Sul do País, resolveram os proprietários, NOS PRINCÍPIOS DE 1943, vender o imóvel entregando-o a numerosos corretores desta cidade, os quais, entretanto, não conseguiram nem 200 mil cruzeiros para o prédio, cujo valor, em face da renda auferida, insusceptível de aumento, da demanda pendente e das próprias condições do mercado imobiliário, era sem a menor dúvida, inferior àquela importância, conforme se demonstrou posteriormente na vistoria judicial realizada e com várias certidões de aquisições de prédios, efetuadas no mesmo local e na mesma época.

Acontece, porém, que, EM DEZEMBRO DE 1943, surge um interessado do imóvel, o cidadão português Antônio de Sousa Soares. Nesse mesmo mês, o seu advogado retira de cartório os autos da ação renovatória, para exame do caso.

Ciente dessas negociações, M. Campos & Cia. Ltda. mediante notificação judicial, requerida no dia 24 de março de 1944, previne a Antônio Soares e aos proprietários Fernando P. de Queiroz e sua mulher, do direito de preferência, que lhe assistia, em razão da cláusula contratual acima transcrita, declarando que, em hipótese alguma, desistiria daquele direito.

Avisado por essa forma de que a locatária exigia o acatamento ao seu direito de preferência, resolveram Soares e Queiroz frustrar-lhe o exercício desse direito, comunicando-lhe por simples carta, e por intermédio do Registro de Títulos e Documentos, haverem ajustado a compra e venda do imóvel por Cr\$ 350.000,00 (preço muito superior à quantia até então pedida pelos proprietários e ao preço dos imóveis vendidos na mesma época), e intimando-a a, DENTRO DE 48 HORAS, pronunciar-se sobre o negócio, sob pena de, na ausência de resposta, ser a transação efetivada e considerado o silêncio da locatária como recusa a preferência.

Compreendendo a situação e de posse de elemen-

tos denunciadores da trama que se arquitetava, retrucou-lhes a locatária não estar de acôrdo com a transação, avisando-os de que, caso se realizasse ela, **nas condições expressas no documento citado**, iria às vias judiciárias, para obter a reparação do seu direito violado.

Nada obstante, menosprezando o direito de preferência da locatária, fizeram Soares e Queiroz, em 18 de abril de 1944, **oito dias após a sua primeira notificação**, lavrar a escritura de compra e venda do prédio.

Diante disso, em 15 de maio seguinte, ingressa em juízo a firma locatária, com uma ação ordinária, onde, entre outros pedidos, requereu que,

“declarada por sentença nula e insubsistente a alienação impugnada, feita com manifesto desrespeito a preempção da Suplicante, seja mantido êsse seu direito de preferência, pelo preço verdadeiro do imóvel, considerando-se transmitido o prédio à requerente, mediante o depósito da importância determinada na sentença, dentro do prazo na mesma fixado, e a contar da data em que transitar em julgado dita sentença, que, juntamente com a prova do depósito realizado, constará do mandado ao oficial do Registro de Imóveis, como título à transcrição do aludido prédio em favor da requerente (arts. 313 e 1006 do Código do Processo Civil).

Além dêsses dispositivos foram invocados pela autora os arts. 1149 e 1153 do Código Civil e 311 do Código do Processo Civil.

Isto posto, pergunta-se:

— 1.º —

Qual o prazo em que deve ser feita a notificação para o exercício da preferência estabelecida na cláu-

sula contratual acima transcrita: — o prazo do art. 1153 do Código Civil, ou outro qualquer arbitrariamente escolhido pela parte obrigada?

— 2.º —

Constitue o disposto no art. 1152 do Código Civil obstáculo à aplicação à espécie dos autos do art. 1153 do mesmo diploma legal?

— 3.º —

Qual a forma na qual deve ser efetuada a mesma notificação: — a determinada no art. 311 do Código do Processo Civil ou a simples comunicação extra-judicial, por intermédio do oficial do Registro de Títulos e Documentos?

— 4.º —

Podiam os contratantes fazer lavrar a escritura oito dias, apenas, depois da notificação que fizeram, ante o disposto nos citados artigos e após cientes de que não estava a locatária de acordo com a venda, em face das condições expressas na mesma "notificação"? Ou deviam aguardar o término do prazo de 30 dias, de que trata o art. 1153 do Código Civil?

— 5.º —

É válida a escritura de compra e venda de 18 de abril de 1944, feita com inobservância dos arts. 1153 do Código Civil e 311 do Código do Processo Civil?

— 6.º —

Podia a locatária pleitear, como fez, a declaração da nulidade da escritura em aprêço, para o fim de haver para si o imóvel, visando a execução específica da obrigação constante do pacto de preferência, como permitem os arts. 313 e 1006 do Código do Processo Civil, ou deveria contentar-se com a simples in-

denização dos danos, na forma do art. 1156 do Código Civil? Está esse dispositivo renovado pelos constantes da legislação processual?

— 7.º —

Está o ingresso em juízo da ação ordinária de que ora se trata subordinado ao prazo mencionado no art. 1153 do Código Civil?

— 8.º —

A simulação do preço declarado nas comunicações e na escritura de compra e venda é ou não motivo suficiente, por si só, para determinar a nulidade de tal escritura?

— 9.º —

Existe outra alternativa para a decisão da causa, que não seja a anulação da escritura de 18 de abril, — pela inobservância do prazo e da forma prescrita para a notificação ao preferente ou pela simulação de preço, ou pelos dois motivos ao mesmo tempo, — com o consequente cumprimento específico do pacto de preferência?

Recife, Julho de 1948.

MARIO NEVES BAPTISTA
Advogado.

PARECER

Primeiro Quesito

Antes de responder, diretamente, ao quesito, impõe-se-me examinar a questão fundamental da juridicidade da forma de constituição do direito de preferência, a que se acha vinculada, por um laço de imediata dependência e subordinação, a do exercício desse direito.

Trata-se, no caso da consulta, de um direito de preempção ou preferência à compra do prédio locado, concedido no próprio contrato de arrendamento, pelo proprietário locador em favor do locatário.

Podiam, porém, as partes pactuá-lo nêsse contrato?

O nosso Código Civil regula o direito de preempção ou preferência como cláusula especial do contrato de compra e venda, nos arts. 1149-1157.

Essa circunstância, todavia, não implica, de maneira nenhuma, numa limitação à escolha da espécie do contrato constitutivo daquele direito; porque, aí, se encontram as partes no domínio das obrigações, onde, segundo a expressiva frase do grande Dernburg, impera a liberdade contratual ("Im Gebiete der Obligation herrscht Vertragsfreiheit" — *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, vol. 2.º, 1.ª parte, 4.ª ed., § 782, pág. 200).

A. Achilles e os seus colaboradores Altstoetter, Kieckebusch, Meyer, Strecker e Greiff, eminentes magistrados alemães, entre os quais figuram presidentes da Côrte de Apelação e do Supremo Tribunal, assinalam que "o direito de preferência é apenas um caso especial dos direitos de resgate obrigatórios, que, sob o fundamento da liberdade contratual dominante no direito de crédito, podem, também, ser constituídos de forma diferente". (*Buergerliches Gesetzbuch*, 13.^a ed., pág. 255).

Como se vê, a minha firme convicção pessoal é de que a constituição do direito de preempção ou preferência, num contrato de arrendamento, tem plena validade jurídica.

Não querendo, porém, encastelar-me, exclusivamente, nela, procedi a cuidadosa investigação sobre os modos constitutivos daquêle direito em sistemas jurídicos, fontes e modelos do nosso, como o alemão e o austríaco, logrando vê-la plenamente confirmada.

O Código Civil alemão, como o Código Civil brasileiro, regula a preempção ou preferência (*Vorkauf*) logo após à compra e como forma especial desta, ao lado da venda a contento (*Kauf nach Probe* — *Kauf auf Probe*) e da retrovenda (*Wiederkauf*) (arts. 500-514).

Expondo a matéria com a clareza e a segurança habituais, adverte Dernburg que o direito de preempção é tratado pelo Código Civil entre as relações obrigacionais, como modo especial da compra ("...als besondere Art des Kaufes..." — *Obr. cit.*, vol. 2.^o, 2.^a parte, § 195, III, pág. 118).

Crome, igualmente, observa que "êle (o direito de preferência) "nada mais é do que um modo especial da compra" (...es ist nichts als eine besondere Abart des Kaufs" — *System des Deutschen Buergerlichen Rechts*, vol. 2.^o, § 228, pág. 494).

Pois bem: todos os juristas alemães ensinam que, a despeito de ser assim acolhido, com êsse caráter, no Código Civil, o direito de preempção, não é essencial que êle se constitua como cláusula ou convenção accessória da compra: pode sê-lo, também, em outro qualquer contrato, especialmente em arrendamento,

em contrato autônomo, com o exclusivo objetivo da estipulação dêle, ou ainda em legado.

Querem provas? — Ei-las:

Dernburg:

“A convenção da preferência pode ser contrato accessório de uma venda... Também se efetua a convenção de um direito de preferência na conclusão de um contrato de arrendamento, em favor do arrendatário. Enfim, é admissível uma convenção inteiramente autônoma sobre o direito de preferência”. (“Die Vereinbarung des Vorkaufes kann Nebenvertrag eins Verkaufes sein... Auch Vereinbarung eines Vorkaufrechts bei Abschluss eines Pachtvertrages zugunsten des Paechters kommt vor. Zulaessig ist endlich eine voellig selbstaendige Vereinbarung ueber ein Vorkaufsrecht” — Obr. cit., 2.^o vol., 2.^a parte, § 196, pág. 119).

Endemann:

“Forma o ponto de partida um negócio jurídico constitutivo do direito de preferência. Isto pode incluir-se como uma reserva numa compra; pode, porém, a obrigação também ser criada por um contrato autônomo ou por um legado”. (Den Ausgang bildet ein das Vorkaufrecht begruendendes Rechtsgeschaeft. Dies kann sich als Vorbehalt an ein Kauf anschliessen; die Verpflichtung kann aber auch durch einen selbstaendigen Vertrag oder durch ein Vermaechtniss geschaffen werden”. — Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, 9.^a ed., vol. 1.^o, § 161, pág. 1014).

Kober:

“O direito de preferência por ato jurídico pode nascer tanto em um contrato de compra, como **outrossim, autônoma-mente, por meio de outra qualquer convenção**, ou ainda mediante um legado”. (“Das rechtsgeschaeftsliche Vorkaufsrecht kann zur Entstehung kommen sowohl bei einem und durch eim Kaufvertrag, wie auch **selbstaendig im Wege einer anderen Vereinbarung** oder auch vermittelt eines Vermaechtnisses”. — Staudinger's **Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch** vol. 2.^o, 1.^a parte, 7.^a/8.^a ed., pág. 774).

Crome:

“A constituição contratual” (dum direito de preferência) “não precisa, de modo nenhum, efetuar-se em um negócio de compra, mas **basta qualquer espécie de convenção**. Uma autônoma, senão também uma anexa a outro qualquer contrato, p. ex. uma doação, uma locação ou um arrendamento”. (“Die vertragliche Begrueudung braucht keines in einem Kaufgeschaefte zu geschehen, sondern es genuegt jede Art von Vereinbarung. Eine selbstaendige, aber auch eine solche im Anschluss an einen anderen Vertrag, z. B. eine Schenkung, eine Miethe oder eine Pacht” — **System des Deutschen Buergerlichen Rechts**, vol. 2.^o, § 223, pág. 494).

Gierker:

“O direito pessoal de preferência pode, ao contrário do direito de retrovenda, não sòmente ser reservado em um contrato de compra, mais também constitu-

ido por contrato autônomo ou por ajuste acessório, em outro qualquer contrato (p. ex., locação, arrendamento, doação), ou ainda por legado" ("Das persoenliche Vorkaufsrecht kann zum Unterschiede vom Wiederkaufsrecht nicht bloss in einem Kaufvertrage vorbehalten, sondern auch durch selbstaendigen Vertrag durch Nebenabrede in einem anderen Vertrage (z. B. Miete, Pacht, Schenkung) oder auch durch Vermaechtnis begrundet werden". — Deutsches Privatrecht, 3.^o vol., § 195, pág. 503).

Oertmann:

"... pode o direito de preferência não somente ser constituído em um negócio de compra, senão, também, ser estipulado em outro qualquer contrato (p. ex. troca, doação). numa disposição de última vontade..." ("kann das Vorkaufsrecht in einem Kaufgeschaeft begrundet, sondern auch in einem andern Vertrage (z. B. Tausch, Schenkung), einer letztwilligen Verfuegung (...) ausbedungen werden..." — Recht des Schuldverhaeltnisses, 5.^a ed., pág. 681).

Enneccerus:

"O obrigatório" (direito de preferência) "pode referir-se a tudo o que pode ser objeto de uma compra e constitue-se por uma convenção, que, frequentemente, se junta, como contrato acessório, a outro qualquer contrato (especialmente a um contrato de locação ou arrendamento) mas, também, pode formar um contrato autônomo". (Das obligatorisch kann sich auf alles beziehen, was Gegenstand eines Kaufes sein kann, und wird begrundet durch eine Vereinbarung die hae-

ufig einem anderen Vertrage (zumal einem Miet — oder Pachtvertrage) als Nebenvertrag hinzutritt, aber auch einem selbstaendigen Vertrag bilden kann — **Lehrbuch des Buergerlichen Rechts.** 22.^a ed., vol. 1.^o, 2.^a parte, § 340, pág. 352.

O Código Civil austríaco, depois de tratar, nos arts. 1053 — 1066, do contrato de compra, enumera, no art. 1067, entre os modos especiais ou contratos acessórios dêle (besondere Arten oder Nebenvertrage eines Kaufsvertrages), a reserva da preempção (der Vobehalt des Vorkaufes), que regula nos arts. 1072 — 1079.

Também na Áustria, como na Alemanha, doutrinam os mais ilustres civilistas que se pode constituir o direito de preempção em forma diferente da de cláusula accessória do contrato de compra.

Não bastam, porém, afirmações: venham provas.

Krainz, Pfaff e Ehrenzweig:

“O direito de preferência é, segundo o art. 1072, o direito reservado, no contrato de compra, ao vendedor de exigir que o comprador, se quer vender novamente, lhe venda preferencialmente a outro. Não há, todavia, a menor dúvida de que o direito de preferência pode ser concedido também sem venda; especialmente, é conferido com frequência, em contratos de locação, ao locatário um direito de preferência. Também se apresentam direitos de preferência constituídos por disposição de última vontade” (Das Vorkaufsrecht ist nach § 1072 das in Kaufvertrage den Verkaeuer vorbehaltene Recht, zu verlangen, dass der Kaeufer, wenn er weiter verkaufen will, vor andern ihm verkaufe. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, dass das Vorkaufsrecht auch ohne Verkauf eingeraeumt werden kann;

besonders haeufig wird in Mietvertraegen dem Mieter ein Vorkaufsrecht zugestanden. Auch letztwillig begruendete Vorkaufsrecht kommen vor" — System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, 4.^a ed., vol. 2.^o, § 365, 3., pág. 217).

Krasnopolski e Kafka:

"Um direito de preferência pode, atualmente, segundo o nosso direito, ser constituído somente por um contrato — não apenas por um contrato acessório numa venda, senão também por uma convenção autônoma (p. ex. entre condôminos, vizinhos) — ou por uma disposição de última vontade....."

("Ein Vorkaufsrecht kann gegenwaertig nach unserem Recht nur durch einem Vertrage — nicht bloss durch einem Nebenvertrag bei einem Verkauf, sondern auch durch eine selbstaendige Vereinbarung (z. B. unter Miteigentuemern, Nachbarn) — oder durch eine letztwillige Verfuegung... begruendet werden" — Lehrbuch des Oesterreichischen Privatrechts, vol. 3.^o, § 376, pág. 386).

J. Schey:

"1. O direito de preempção pode, também, ser estabelecido por disposição de última vontade;

2. e ainda independentemente de um negócio de compra;

3. também em um contrato de arrendamento (I Das Vorkaufsrecht kann auch letztwillig angeordnet werden; 2, und auch unabhaengig von einem Kaufgeschaefte; 3. auch in einem Pachtvertrage. — Das Allgemeine buergerliche

Gesetzbuch, 21. Auflage, art. 1072, págs. 575-576, notas 1-3).

Demonstrado, dêsse modo, exaustivamente, que se pode constituir o direito de preempção tanto num contrato de compra e venda, como noutro qualquer, deve-se, pois, logicamente concluir, que, **qualquer que seja a forma da sua constituição**, regula sempre a-quêle direito o disposto nos arts. 1149-1157 do Código Civil.

Realmente, a relação jurídica é a mesma: direito de preempção ou preferência constituído por convenção ou pacto das partes, variando somente a forma do contrato, a que é adjecto.

Ora, não especificando, naquêles preceitos, as formas de constituição da preempção ou os pressupostos do seu exercício, como explicarei mais largamente na resposta ao 2.º quesito, **dirige o Código Civil a sua regulação, diretamente, a tôdas as hipóteses de preempção convencional**, sem levar em conta a diversidade das formas contratuais, em que ela pode ser pactuada.

Seguiu, nêsse passo, com acêrto os Códigos Civis alemão, austríaco e argentino; porque um só e mesmo direito pode constituir-se sob diferentes formas, sem que, com isso, se lhe desfigure o tipo próprio e específico, se lhe altere a natureza jurídica e, consequentemente, se lhe determine a diversificação da disciplina legal.

Estou, assim, diante de uma **regulação direta** e clara de tôdas as formas de preempção convencional, que exclue, completamente, o emprêgo da **analogia**.

Com efeito, êsse processo lógico e integrante, cuja vantajosa possibilidade se deve, como o diz Kohler, eminente jurista-filósofo alemão, à formação de princípios e à sistemática, só poderia realizar-se, cientificamente, abandonando-se a prática instintiva, arbitrária, duvidosa e insegura de mera semelhança jurídica, e procedendo-se, no caso em aprêço, do seguinte modo: partindo do preceito de direito existente, regulador duma forma contratual de preempção, indicada, especificadamente, pelo codificador civil, pa-

ra o princípio, que o informa; e, em seguida, tirando dêsse princípio o preceito de direito, que regule a outra forma contratual de preempção não referida expressamente, e, dêsse jeito, não regulada pelo preceito existente. (V. J. Kohler, *Lehrbuch des Buergerlichen Rechts*, 1.º vol., § 42, págs. 135-138 e F. Geny, *Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, vol. 2.º, n.º 165, pág. 121).

Na hipótese submetida à minha apreciação, não há lugar para essa construção científica, visto que o Código Civil, já o acentuei, não especifica as formas contratuais de constituição do direito de preferência e envolve, na sua disciplina, tôdas elas.

Admitindo-se, porém, para se discutir, que as regras do Código Civil sôbre a preempção convencional só se referissem, expressamente, à constituída como pacto adjecto à compra e venda, é evidente que a consequência a tirar do princípio, que as domina, seria a da construção de idênticos preceitos, para se aplicarem à preempção constituída como cláusula de outro qualquer contrato (arrendamento, sociedade etc.), ou ainda como fim dum contrato autônomo. Pois, segundo explica Kohler, “dêsde que a ordem jurídica estabelece um preceito de direito, deve-se supor, ao menos na dúvida, que ela admite, com isso, todo o princípio e, dêsse modo, também tôdas as consequências que resultam dêle”) (... sobald die Rechtsordnung einen Rechtssatz aufstellt, ist anzunehmen, dass sie damit, im Zueifel wenigstens, das ganze Prinzip billigt, und damit auch alle weiteren Folgerungen, die sich aus dem Prinzip ergeben”. — Obr. cit. loc. cit.).

Portanto, em qualquer das hipóteses — regulação **direta**, ou regulação **por construção analógica**, baseada no princípio jurídico, que domina ambas as formas de constituição da preempção convencional (contrato de compra e venda e contrato de arrendamento) — o fato indiscutível é que os dispositivos do Código Civil (arts. 1149-1157) abrangem e regem todos os casos daquêle direito, que é um só e mesmo direito, qualquer que seja a forma contratual em que o pactuem, quer concedido em contrato de compra e

venda, quer outorgado em contrato de arrendamento, ou em outro qualquer contrato.

É bem de vêr, do exposto, que me refiro às diversas formas de constituição contratual do direito de preempção, isto é, de preempção convencional. Quanto à preempção legal — do condômino em coisa indivisível, art. 1139, aí compreendido o coherdeiro em face do art. 1580, e do senhorio direto em relação ao domínio útil, art. 683 —, claro é que, impondo-a aos interessados, que a não estipulam, nem a podem afastar, lhe dá o Código Civil, em cada um daqueles casos, regulação especial.

Fora daí, em toda a esfera da preempção convencional, sem se distinguir entre as formas contratuais da sua constituição, imperam as regras prescritas pelo Código Civil, nos arts. 1149-1157.

Admito, contudo, que, sendo a regulação do Código Civil sobre o direito de preferência convencional meramente dispositiva ou supletiva, podem as partes modificá-la, quando estipulem esse direito, p. ex., alargando ou diminuindo o prazo legal dentro no qual deve êle ser exercido.

É o que ensinam, a respeito do Código Civil alemão, uma das mais importantes fontes do nosso Código, A. Achilles e os eminentes magistrados Alstoetter, Kieckebusch, Meyer, Strecker e Greiff, nos seus lúcidos comentários àquele monumento legislativo:

“Podem as partes”, escrevem êles, “também para o direito de preferência, estabelecer, contratualmente, regulação diferente da regulação legal dos arts. 504-514” (“Auch fuer das Vorkaufrecht koennen die Parteien vertragsmaessig eine von der gesetzlichen Regelung die §§ 504 bis 514 abweichende Regelung treffen”. — obr. cit. pág. 255).

Kober, do mesmo modo, na introdução aos seus valiosos comentários sobre o direito de preferência no Código Civil alemão, acentua que “as seguintes normas legais (arts. 504-514) são, em princípio, de

natureza dispositiva". (Grundsätzlich sind die nachfolgender Gesetzbestimmungen dispositiver Natur". Obr. cit., vol. 2.^o, 1.^a parte, pág. 776).

No tocante ao caso especial do prazo para o exercício do direito de preferência, permite, expressamente, o Código Civil alemão, no art. 510, al. 2.^a, que as partes convençionem outro prazo em substituição ao legal:

"Se for fixado um prazo para o exercício, correrá este no lugar do prazo legal" ("Ist fuer die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist").

Assim, se no contrato de arrendamento, de que fala a consulta, tivessem os contratantes ajustado um prazo, para substituir o do art. 1153 do Código Civil, inteiramente eficaz seria essa convenção e, em consequência, inaplicável o prazo legal.

Não o tendo eles feito, vigora, inquestionavelmente, para o exercício do direito, o prazo do art. 1153 do Código Civil, que, como decorre do que escrevi acima, se aplica a todos os casos de preempção convencional, isto é, a todas as hipóteses em que a preempção figure como cláusula especial adjecta a qualquer contrato — venda, arrendamento, sociedade etc. —, ou em que constitua fim único dum contrato autônomo.

Entretanto, o que não é absolutamente possível, o que é absurdo e, por isso mesmo, jamais poderia passar pela cabeça de um verdadeiro jurista, é reconhecer ao obrigado à preempção a faculdade arbitrária de fixar, unilateralmente, o prazo do exercício do direito, no momento em que, por meio de notificação, vai afrontar (na frase pitoresca do codificador) o titular dêle!...

Isto é uma monstruosidade jurídica, que nenhum princípio pode justificar.

Nestas condições, penso que o prazo dentro no qual deve ser feita a notificação para o exercício do direito de preferência estipulado na cláusula contra-

tual, objeto da demanda, a que se refere a consulta, é, fora de toda a dúvida, o do art. 1153 do Código Civil, e não outro qualquer arbitrariamente escolhido pela parte obrigada.

Segundo Quesito

Para se dar exata interpretação ao art. 1152 do Código Civil, deve-se, antes de tudo, estabelecer uma distinção básica entre **formas de constituição** ou concessão do direito de preempção, em virtude das quais adquire o titular da preferência uma faculdade condicionada pela venda ou dação em pagamento a terceiro do objeto dela, e **modos de ocorrência** da preempção, ou pressupostos do seu exercício, por força dos quais se torna o direito de preferência concedido uma faculdade atual, amadurece (es reift heran), como se exprime Dernburg, isto é, nasce para o titular o direito ao exercício da preempção (Dernburg, obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 28, págs. 495-496; Oertmann, obr. cit., pág. 681, 2. e 683 obs. ao art. 504).

O direito alemão, como já o mostrei na resposta ao 1.^o quesito, permite que se constitua o direito de preempção por qualquer contrato; no que toca, porém, à ocorrência da preempção, que possibilita ao titular o exercício do direito, só lhe reconhece um modo: a venda da coisa, sobre que se constituiu a preempção, feita pelo obrigado a terceiro, sendo excluída outra qualquer forma de alienação, onerosa ou gratuita, como p. ex., troca, doação, dação em pagamento, entrada em uma sociedade. Em qualquer desses casos, malogra-se o direito à preempção, sem que

possa o seu titular recorrer sequer a uma ação de indenização de danos.

Também se exclue a venda quando se realiza por meio de execução forçada ou pelo síndico da falência. (Dernburg, obr. cit., vol. 2º, 2ª parte, págs. 120-122; Kober, obr. cit., vol. 2º, 1.ª parte, págs. 775-777 e 784; Crome, obr. cit., vol. 2º, § 228, págs. 495-496; Gierke, obr. cit., § 195, pág. 504; arts. 504, 511 e 512 do Código Civil alemão).

Como o Código Civil alemão (e, também, o austríaco e o argentino, que estudarei em seguida), não especifica o Código Civil brasileiro as formas de constituição do direito de preferência; aponta, entretanto, expressamente, os modos da sua ocorrência ou os pressupostos do seu exercício: venda ou dação em pagamento da coisa a terceiro pelo obrigado (art. 1149); e, no art. 1150, considera como modo de ocorrência de preempção legal, no caso de desapropriação, não ter o imóvel desapropriado o destino, para que se desapropriou.

Assim, quando o Código Civil, no art. 1152, reza que o direito de preempção não se estende senão às **situações** indicadas nos arts. 1149 e 1150, refere-se, sem a menor dúvida, com esta expressão — **situações** — aos modos de ocorrência daquele direito, mencionados nesses dispositivos.

Não pretendeu, pois, o codificador civil, com o art. 1152, limitar as formas contratuais de constituição do direito de preferência à compra e venda e à dação em pagamento, excluindo a possibilidade de pacto adjecto em outros quaisquer contratos.

O que êle, ao revés, quiz limitar — e fê-lo claramente, para entendimento de qualquer jurista — foi o exercício do direito aos modos de ocorrência da preempção convencional e legal, que individua nos arts. 1149 e 1150, segundo já o salientei.

Não pode, por isso, o titular exercer o direito de preferência, se o obrigado efetua a alienação da coisa por outra qualquer forma, que não a de venda ou de dação em pagamento, como, p. ex., doação, troca, legado etc.; ou se constitue sobre ela qualquer dos direitos reais na coisa alheia enumerados no art. 674

ns. I a X., — restrição que o Código Civil, no art. 1152, expressa com as palavras finais: “nem a outro direito real que não a propriedade”.

Devo, contudo, admitir, de acôrdo com as minhas afirmações anteriores acêrca da natureza dispositiva ou supletiva da regulação do direito de preferência pelo Código Civil, que êsse afastamento de outras formas de alienação só vigora na ausência de cláusula contratual em contrário. Com efeito, sendo a redução da ocorrência da preferência aos casos de venda e de dação em pagamento meramente interpretativa da vontade dos contratantes, que se contentam em estipular o pacto adjecto, sem descer à elaboração de normas referentes às relações jurídicas dêle decorrentes, fica-lhes, evidentemente, reservada essa elaboração, mediante a qual podem estender as formas de alienação além das referidas no art. 1149.

“Como a maioria das regras de direito contratual, escreve Oertmann, é **dispositivo** o art. 504; pode ser convencionada coisa diferente, expressa ou tácitamente, p. ex., que também devam satisfazer outros contratos além da compra”... (Wie die meisten Regeln des Vertragsrechts ist §504 **dispositiv**; ein anderes kann ausdruecklich wie stillschweigend vereinbart werden, z. B. dass auch andere Vertraege als Kaeufe genuegen **sollen**)... — Obr. cit. vol. 2.^o, obs. ao art. 504. pág. 685 — V. ainda o art. 1078 do Código Civil austríaco).

Penso que ninguém pode duvidar do acêrto e procedência da interpretação que acabo de dar ao art. 1152 do Código Civil.

Convém, todavia, reforçá-la e ilustrá-la com o exame das fontes dêsse artigo — Código Civil argentino, art. 1392, Código Civil austríaco, art. 1078 (Clóvis Bevilacqua, **Código Civil Comentado**, 5.^a ed., 4.^o vol., art. 1152, pág. 337, e João Luis Alves, **Código Civil Anotado**, 3.^a tiragem, art. 1152, pág. 810, apontam essas fontes), — dos seus textos anteriores nos projetos de Clóvis Beviláqua, da Comissão Revisora, da Câmara dos Deputados (remetido ao Senado) e da sua redação definitiva no Senado com o substitutivo de Ruy Barbosa.

Dispõe o art. 1392 do Código Civil argentino que “la venta con pacto de preferència no da derecho al vendedor para recuperar la cosa vendida, sino cuando el comprador quisiera venderla ó darla em pago, y no cuando la enagenase por otros contratos, ó constituyiese sobre ella derechos reales”.

Está tão claramente redigido êsse dispositivo que dispensa comentários e, por isso mesmo, mereceu sua reprodução integral no notável “Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino” do professor Juan Antonio Bibiloni (v. vol. VI, pág. 42).

O art. 1078 do Código Civil austríaco estatui, sinteticamente, que “o direito de preferència não se **pode estender a outros modos de alienação** sem uma convenção especial” (das Vorkaufsrecht laesst sich auf andere Veraeusserungsarten ohne eine besondere Verabredung nicht ausdehnen”).

Que ensinam os grandes mestres austríacos sobre o alcance e a significação dêsse preceito legal?

Nada mais, nada menos do que escrevi acima a respeito do art. 1152 de nosso Código Civil, como passo a demonstrar.

O professor Josef Krainz, no seu Sistema de direito privado geral austríaco (**System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts**), publicado após a sua morte, pelo professor L. Pfaff e, em quarta edição, cuidado pelo professor Armin Ehrenzweig, escreve:

“Não se pode estender, sem convenção especial, o direito de preferència a outros modos de alienação, que não a compra, p. ex., à troca ou à doação...”

Portanto, extingue-se o direito de preferència se a coisa, p. ex., é trocada. Ele é, também, excluído no caso duma venda judicial, sendo indiferente se forçada ou voluntária (Auf andere Veraeusserungsarten als den Kauf, Z. B. auf Tausch oder Schenkung, laesst sich das

dung nicht ausdehnen (§ 1073)... Das Vorkaufsrecht erlischt also, wenn die Sache z. B. vertauscht wird. Ausgeschlossen ist es auch im Falle einer gerichtlichen Feilbietung, gleichviel, ob diese ein zwangsweise oder eine freiwillige ist (§ 1076"...) Vol. 2.^o, § 365, págs. 218 e 219).

Não é outra a lição dos professores Krasnopolski e Kafka:

"Só tem lugar a obrigação de oferecer a coisa para resgate, na falta de outra qualquer convenção, se o obrigado quer vender a coisa, e não no caso de outra qualquer alienação (doação, legado, troca etc.) (§ 1078). Die Verpflichtung, die Sache zur Einloesung anzubieten, tritt in Ermanglung einer anderweitigen Vereinbarung nur, wenn der Verpflichtete die Sache verkaufen will, nicht aber im Falle einer anderweitigen Veraeussderung (Schenkung, Legat, Tausch usw.) ein (§ 1078") (Obr. cit., vol. 3.^o § 76, págs. 387-388).

Cotegem-se, agora, essas fontes diretas, imediatas do art. 1152 do Código Civil pátrio com art. 1292 do Projeto de Clóvis Bevilacqua, o art. 1299 do Projeto da Comissão Revisora, e o art. 1153 do Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, o qual recebeu no Senado, por emenda de Ruy Barbosa, redação definitiva.

Art. 1292 do Projeto de Clóvis Bevilacqua:

"O direito de preempção não se refere a outras **formas de alienação** além das declaradas no art. 1296, nem a outro direito real além da propriedade".

Art. 1299 da Comissão Revisora:

"O direito de preempção não se refere a **outras formas de alienação** além das declaradas no art. 1296, nem a outro direito real do domínio".

Art. 1153 do Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado:

"O direito de preempção não se refere a **outras formas de alienação**, que não sejam as declaradas no art. 1150 nem a outro direito real além do domínio".

Chegando ao Senado o projeto da Câmara, Ruy Barbosa, que, no seu notável parecer de 561 páginas, apresentou substitutivo a quase todos os artigos daquele projeto, fez a seguinte observação ao art. 1153, correspondente ao atual artigo 1152 do Código Civil:

"Que não sejam as declaradas no art. 1150. No art. 1150 as **formas de alienação** designadas são a venda e a **dação em pagamento**. Mas o art. 1151 reconhece **esse direito** em uma hipótese **alheia** a ambas essas", (pág. 390).

A hipótese do art. 1151 do Projeto (correspondente ao art. 1150 do Código Civil), a que se referia Ruy, era a do exercício do direito de preempção legal conferido "ao proprietário do imóvel desapropriado, no caso de se não verificar o fim para que foi desapropriado".

Então, com o propósito de incluir esse modo de ocorrência de preempção legal, ofereceu o grande Mestre o seguinte substitutivo ao art. 1151:

"O direito de preempção não se estende senão às **situações** indicadas nos arts. 1150 e 1151, nem a outro direito real que não a propriedade".

Mas, porque trocou Ruy Barbosa a expressão "formas de alienação" pela de "situações indicadas"?

Explica-se facilmente: primoroso escritor e juriconsulto exímio, ao mesmo passo, cioso, como ninguém, da correção da linguagem e do rigor da terminologia jurídica, que tanto o preocuparam nas suas observações críticas ao Projeto do Código Civil e na elaboração do seu substitutivo, e que o levaram, afinal, a escrever a famosa "Réplica", monumento imperecível da língua portuguesa, achou êle que as palavras "formas de alienação" não compreendiam, com exatidão e propriedade, o caso de ocorrência da preferência legal na desapropriação — não ter o imóvel desapropriado o destino, para que se desapropriou.

Daí o haver preferido os termos "situações indicadas", para abranger assim os modos de ocorrência da preempção convencional — venda e dação em pagamento — verdadeiras formas de alienação, como o caso de ocorrência da preempção legal na desapropriação — não utilização do imóvel para o fim desta —, que não constitui nenhuma alienação.

Depois desta cabal demonstração, posso concluir, portanto, com toda a segurança, que:

- a) as situações indicadas nos arts. 1149 e 1150, a que se refere o art. 1152, são a venda, a dação em pagamento e o não ter o imóvel desapropriado o destino, para que se desapropriou;
- b) a espécie dos autos é de venda do imóvel pelo obrigado a terceiro, — modo, por consequência, de ocorrência da preempção convencional, que possibilita ao titular o exercício do direito; logo,
- c) o art. 1152 não obsta a aplicação à espécie dos autos do art. 1153, que fixa o prazo de trinta dias, em se tratando de imóvel, para o exercício do direito de preempção.

Terceiro Quesito

Deixei sólidamente assentado, na resposta ao 1.º quesito, que se aplicam a qualquer pacto de preempção, sem se distinguir entre as diversas formas contratuais, em que êle pode estar adjecto, as normas fixadas pelo Código Civil nos arts. 1149 e 1157.

Nos termos dessa regulação, tem o concedente da preferência (fala, naturalmente, o Código Civil em vendedor e comprador, porque figura ali a preempção, conforme já o fiz vêr, na qualidade de cláusula especial do contrato de compra e venda, não tendo sido, entretanto, especificado êsse contrato como a única forma de estipulação dela) a obrigação de **oferecer** ao titular do direito a coisa que aquêle vai vender ou dar em pagamento, para que êste exerça a prelação dentro do prazo de trinta dias — quando se trata de imóvel —, a contar da oferta (arts. 1149 e 1153).

Não estabelece, porém, o Código Civil a forma desta.

Então, o Código de Processo Civil, na sua função de disciplinar a realização do direito objetivo (**Carnellutti Lezioni Di Diritto Processuale Civile**, vol. 1.º, n.º 54. pág. 182), de regular as formas de atuação da lei (as formas dos atos processuais) (Chioven-

da, **Princípios de Derecho Procesal Civil**, ed. espanhola, vol. 1.º § 4, pág. 120), prescreve, expressamente, sob o título — Das ações de preempção ou preferência, e do direito de opção, — a **forma judicial** da interpelação do titular da preferência, para que use do seu direito (art. 311 §§ 1.º e 2.º).

As normas processuais, que estatuem essa forma judicial de interpelação, são ditadas pelo interesse coletivo de assegurar a autenticidade e a seriedade da oferta e de todas as suas condições, e garantir a possibilidade do exercício do direito de preempção.

Constituem, pois, normas absolutas, coativas, imperativas, cuja aplicação não pode, absolutamente, ser impedida por convenção das partes: estas não têm a faculdade de, no pacto de preferência, estipular qualquer forma de interpelação extra-judicial em substituição à judicial, imposta pelo Código de Processo Civil.

Aliás, seria destruir o caráter publicístico fundamental do direito processual, vigente em todos os povos cultos, e instituir o processo convencional.

Assim, se as partes não podem, **contratualmente**, pôr à margem a forma judicial de interpelação determinada, imperativamente, pela lei processual, e estão, admitir possa fazê-lo uma delas unilateralmente, por seu livre alvedrio?

Vou mais longe: não o poderia ainda que a regulação do Código de Processo Civil, sobre a interpelação judicial do titular do direito de preferência, fôsse simplesmente dispositiva ou integrante; porque, nêsse caso, seria essencial ao afastamento daquela regulação o acôrdo dos dois interessados: o obrigado à preempção e o titular do direito a esta.

Respondo, portanto, que a forma na qual se deve interpelar ou notificar o titular do direito à preferência, para que o exêrça, é a judicial, estatuída no art. 311 do Código de Processo Civil (em vigor desde 1.º de fevereiro de 1940), e não a simples comunicação extra-judicial, por intermédio do Oficial do Registro de Títulos e Documentos, como se fez, no caso da consulta, em 10 de abril de 1944.

Quarto Quesito

Em face do art. 1149 do Código Civil combinado com o art. 1153 do mesmo Código e com o art. 311 do Código de Processo Civil, não pode o obrigado à preempção tornar efetiva a venda, que pretende realizar, do imóvel a terceiro, senão depois que, decorridos os trinta dias subseqüentes ao da sua oferta, procedida por interpelação judicial, sem exercer o titular o direito de preferência, tiver êste caducado.

Realmente, enquanto não decorre, por inteiro, o prazo extintivo de trinta dias, continuam a existir o direito de preempção e a correlativa obrigação do concedente dêsse direito de aguardar que o titular dêle o exerça.

O que se não pode admitir, pelo tamanho des-tempêro jurídico, que encerra, como o deixei manifesto na resposta ao 1.^o quesito, é que a parte obrigada possa, por seu puro arbítrio e com a declarada oposição do titular do direito de preferência, encurtar o prazo legal de caducidade dêste (de trinta dias para quarenta e oito horas¹), a fim de, antes de êle terminar, fazer lavrar a escritura de venda a terceiro.

A única hipótese, em que, juridicamente, poderia o obrigado à preempção efetuar a venda do imóvel a terceiro antes de decorridos os trinta dias subseqüen-

tes ao da sua oferta (art. 1153 do Código Civil), — e, neste caso, não caberia falar em caducidade ou extinção do direito de preferência pelo seu não uso, — seria a de renúncia expressa ou tácita do titular da preempção.

Mas, no caso da consulta, não houve, sequer, renúncia tácita, que resultaria da incompatibilidade entre os atos praticados pelo titular do direito de preferência e a sua vontade de o conservar e fazer valer.

E não houve renúncia tácita, porque:

a) tendo ciência de que o obrigado à preempção ia vender o imóvel a terceiro, fizeram os titulares do direito de preferência (M. Campos & Cia. Ltda.), estribados neste, em 24 de março de 1944, o seu protesto judicial contra a venda projetada, — protesto, que é a negação e o oposto da renúncia, porque constitui a mais veemente manifestação da vontade de conservar e fazer valer o direito!;

b) depois, sendo pelos obrigados à preempção (Fernando Pessoa de Queiroz e sua mulher) interpe-lados extra-judicialmente por intermédio do Oficial do Registro de Títulos e Documentos, em 10 de abril de 1944, para exercer o seu direito de preempção, dentro de quarenta e oito horas, com a advertência de que, **“na hipótese de nenhuma resposta ser dada à presente dentro do prazo indicado, ficam Vv. Ss. cientificados de que extinto o dito prazo, será o negócio realizado com o comprador já referido, tomando-se o silêncio de Vv. Ss. como renúncia à preferência que ora lhes é oferecida”**, respondeu-lhes, logo no dia seguinte, 11 de abril, também por intermédio do Oficial do Registro de Títulos e Documentos, reiterantemente, para ressalva e conservação do seu direito de preempção, e dizendo, entre outras coisas, o seguinte: **“Não estamos de acôrdo com a venda do prédio nas condições declaradas no dito documento, e assim FAREMOS, caso se realize a alienação, VALER oportunamente em juízo os nossos direitos, inclusive os de preferência, assegurados no contrato em apê-ço, registrado no Registro de Imóveis, promovendo a anulação da compra e venda que for realizada e bem**

assim a reparação dos prejuízos dela resultantes”.

Deve-se notar que, proclamando os titulares do direito de preferência, na sua resposta, não estarem de acordo com as **CONDIÇÕES** da interpelação, faziam uma ressalva e uma impugnação de ordem geral compreensivas de suas posteriores alegações em Juízo, não só acerca da simulação fraudulenta do preço da venda, mas ainda da ilegalidade da fixação unilateral do prazo de quarenta e oito horas para o exercício do direito — simulação fraudulenta do preço da venda e encurtamento do prazo legal, que visavam precisamente a impossibilitar êsse exercício —, e da própria forma extra-judicial da oferta.

Onde, pois, se vislumbrar renúncia tácita? O que há, ao invés, são as declarações mais claras, mais completas, mais peremptórias, que se poderiam exigir, como manifestação de querer ressalvar, conservar e fazer valer o direito de preempção.

Ora, se, em 18 de abril de 1944, ainda se não extinguiu o direito de preferência, quer pela renúncia expressa ou tácita dos seus titulares, quer pelo decurso do prazo legal em que êstes o deveriam exercer, óbvio é que, naquela data, não podiam, de modo nenhum, os obrigados à preempção fazer, como fizeram, à venda do imóvel a terceiro.

Deviam êles, ao contrário, aguardar o término do prazo de trinta dias, fixado no art. 1153 do Código Civil.

Quinto Quesito

Penso que não é válida a escritura de compra e venda de 18 de abril de 1944, porque:

a) é nulo o ato jurídico, quando for preterida alguma **solenidade** que a lei considere essencial para a sua validade (Código Civil, art. 145, IV), devendo entender-se o vocábulo solenidade, não como “forma prescrita em lei”, já mencionada (Código Civil, art. 145, II), mas como quaisquer pressupostos, requisitos, exigências essenciais à validade dele (V. Carvalho Santos. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. 3.º, pág. 249);

b) o decurso dos trinta dias subseqüentes à oferta ao titular do direito de preempção, sem que êle o exerça, constitui pressuposto, requisito, exigência essencial, para que possa o obrigado vender a coisa a terceiro; e, por isso, permite a lei, muito justamente, que contra êste, mova o titular da preferência uma ação para exigir a coisa alienada sem consideração ao seu direito (Código Civil, art. 1153 e Código de Processo Civil, art. 313);

c) a escritura de compra e venda referida no quesito foi lavrada antes do término do prazo legal de trinta dias, impossibilitando, dêsse modo, que os titulares do direito de preempção (M. Campos & Cia.

Ltda.) o exercessem, dentro dêsse prazo, contra os obrigados (Fernando Pessoa de Queiroz e sua mulher), e causando-lhes, com isso, sérios prejuízos de ordem patrimonial.

Sexto Quesito

Quero deixar, de antemão, bem elucidado que não interessa à resposta do quesito o saber se a locação de imóvel inscrita no registro imobiliário é ou não um direito real.

No que toca a êsse assunto, que, de uma feita, examinei ligeiramente, por não o ter podido aprofundar, em virtude da urgência em responder à consulta que me fôra dirigida (v. meu livro **Pareceres**, vol. 1.^o, págs. 60-63), espero que ainda me sóbre tempo, para em outra oportunidade, talvez dentro em breve, o versar mais demoradamente.

Então, demonstrarei que não é uma velharia o princípio contido no art. 1096 do Código Civil austríaco, aplaudido por um jurisconsulto da estatura de Hasenoechl.

Se é verdade que o tempo levou o **Allgemeine Landrecht (o Código prussiano)** de 5 de fevereiro de 1795, que concedia ao locatário um direito sôbre a coisa (ein Recht zur Sache) (Dernburg, **Lehrbuch des Preussischen Privatrechts**, vol. 1.^o, § 290, págs. 715-717), — circunstância esta que, de certo, nenhuma influência exerceu no seu desaparecimento, — também não o é menos que o Código Civil austríaco, reformado pelas Ordenanças de 12 de Outubro de 1914,

22 de julho de 1915 e de 19 de março de 1916, compreendendo as três "novelas", de que falam os juristas austríacos (die drei Teilnovellen), conservou intacto o art. 1095, que considera real o direito do locatário, quando o contrato de locação for inscrito nos livros públicos: "Wenn ein Bestandvertrag in die oeffentlichen Buecher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch uebrige Zeit gefallen lassen muss".

Esse artigo é um daqueles, que, no dizer altamente significativo do professor Josef Schey, catedrático de direito civil na Universidade de Viena e substituto de Josef Unger na Comissão Revisora do Código Civil, "no curso dos anos, sobreviveram a si mesmos". (Prefácio ao livro de Marcel Gallaix — *La Réforme du Code Civil Autrichien*, pág. III).

E não admira que tenha sobrevivido, pois a doutrina e a legislação em todos os povos cultos, acossadas pelas exigências da vida e do comércio modernos, que impõem um tratamento mais justo e satisfatório ao locatário do imóvel (nisto é que se fundava, de preferência, Cosack, para defender a "realidade" do direito do locatário; e Dernburg, que dêle divergia no campo do direito positivo, isto é, em face do sistema do Código Civil, reconhecia a exatidão dos seus argumentos, no tocante à situação do locatário — V. Dernburg, *Das buergerliche Recht*, 2.^o vol., 2.^a parte, § 215, pág. 195, nota 21), abandonam o rigorismo lógico-jurídico romano, borolento e caduco, e marcham no sentido de reconhecer ao locatário um direito real sobre o imóvel locado.

Entretanto, como disse de início, a solução desse problema não interessa ao caso da consulta, porque nêle o contrato de locação é tão somente veículo, instrumento, ou continente do pacto de preferência, como o seria o contrato de compra e venda ou outro qualquer; não estão em jôgo os direitos e as obrigações do locador e do locatário **COMO TAIS**; os direitos invocados pelos autores repousam, exclusivamente, naquêle pacto, independentemente da espécie contratual em que êle se acha estipulado: são direitos

que lhe competem, própria e especificamente, como preferente, e não como locatário, não se confundindo, absolutamente, os direitos de um e de outro, pelo simples fato de coexistirem na mesma pessoa, de pertencerem ao mesmo titular. Pois não mostrei, plenamente, na resposta ao 1.º quesito, que se pode constituir a preempção num contrato autônomo, sem outro conteúdo que ela mesma?

Ao direito comparado, vou outra vez recorrer, para deixar bem claro que, ajustada a preferência num contrato de locação, pode o preferente, como tal, ter um verdadeiro direito real, ou, pelo menos, um direito pessoal assegurado contra terceiro pela prenotação no registro imobiliário, sem que o locatário, nessa qualidade, possua um ou outro direito.

Assim, no direito alemão, onde a ciência e a técnica jurídicas chegaram aos últimos limites da perfeição e da profundidade, pela obra incomparável dos seus geniais e sábios jurisconsultos, vem, desde a promulgação do Código Civil, em 1896, a controvérsia, — Crome de um lado, Cosack, de outro, — se tem o locatário um direito real no imóvel locado. No entanto, é coisa líquida, certa, pacífica, que, qualquer que tenha sido o tipo de contrato escolhido para receber a estipulação do direito de preferência, pode este tornar-se, pela inscrição no registro, um verdadeiro direito real.

Por outro lado, não só se admite, ali, que o pacto de preferência pode vir adjeto a contratos de locação ou de arrendamento, conforme o provei, na resposta ao 1.º quesito, com os ensinamentos dos seus mais doutos civilistas, mas, sobretudo, se salienta que o direito de preempção foi criado, justamente, para favorecer o locatário na precedência a terceiros na aquisição da coisa locada, sendo, por isso mesmo, aqueles contratos a forma mais frequente de inserção da cláusula:

“A vida”, escreve o professor Hedemann, ilustre catedrático de direito civil da Universidade de Iena, sob cuja direção científica se publicam os trabalhos do

Instituto de Direito Econômico da mesma Universidade, "a vida produz, não raras vezes, situações em que alguém quer comprar o bem de outrem, ou, pelo menos, tem idéia disto, enquanto o outro não está disposto, no momento, a ceder a coisa. Mora alguém, como locatário, na "Vila" de outrem. A princípio, não quer o proprietário vendê-la. Ou, ao inverso, o locatário, no momento, ainda não se pode decidir à compra. Mas veria, muito a seu pesar, passar a "Vila" a terceiras mãos e desejaria assegurar para si a precedência em tôdas as eventualidades. **PARA TAIS SITUAÇÕES É QUE SE CRIOU O DIREITO DE PREEMPÇÃO**". "Das Leben bringt nicht selten Lagen hervor, wo jemand das Gut eines anderen gern kaeuflich an sich bringen oder doch diesem Gedanken naeher treten moechte, waehrend der andere vorlaeufig nicht gesonnen ist, die Sache wegzugeben. Es wohnt etwa jemand in der Villa eines anderen zur Miete. Vorerst ist die Villa dem Eigentuemer noch nicht feil. Oder umgekehrt kann sich der Mieter vorlaeufig noch nicht zum Kauf entschliessen. Aber er wuerde es hoechst ungern sehen, wenn die Villa in dritte Haende ueberginge. Er moechte sich fuer alle Faelle die Vorhand sichern. **FUER SOLCHE LAGEN IST DAS VORKAUFSRECHT BESTIMMT**". (Schuldrecht des Buergerlichen Gesetzbuches, 2.^a ed. (1931), § 37 VI. f.), pág. 248).

Assinala, outrossim, Kieckebusch, conselheiro do Tribunal Regional de Kassel, no seu estudo sobre o direito de preempção, publicado no Dicionário de Ciência Jurídica de F. Stier-Somlo e A. Elster:

"O direito de preempção pode constituir-se por contrato autônomo, mas tam-

bém pode ser convencionado noutro qualquer contrato (p. ex., num contrato de compra ou, **COMO É FREQUENTE NA PRÁTICA, NUM CONTRATO DE LOCAÇÃO OU DE ARRENDAMENTO**, ou fixado unilateralmente por legado" (Das Vorkaufsrecht kann durch eine selbstaendige Vereinbarung zustandekommen, es kann aber auch bei und in einem anderen Vertrage (z. B. in einem Kaufvertrage oder, wie es in der Praxis haeufig ist, in einem Miet—oder Pachtvertrage) vereinbart oder einseitig durch Vermaechtnis, bestimmt werden". — **Handwoerterbuch der Rechtswissenschaft**, 6.^o vol. 1929, pág. 701).

Como se vê, pela circunstância de se ajustar uma preferência num contrato de locação, não se pode concluir daí que os direitos decorrentes daquela percarn a sua natureza e a sua autonomia, absorvidos pelos direitos resultantes desta.

Quer dizer que o problema proposto no quesito, — se a cláusula de preferência pactuada num contrato de locação e transcrita no registro de imóveis vale contra o terceiro adquirente e permite ao titular do direito exigir dêle o imóvel alienado, — tem de se resolver pelo exame e estudo do direito de preempção em si, sem que se levem em conta os direitos provenientes da locação, que serviu apenas de veículo daquela cláusula.

Os que afirmam não produzir a estipulação de preferência efeito contra o terceiro adquirente, invocam o art. 1156 de nosso Código Civil, — "responderá por perdas e danos o comprador, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens, que lhe oferecem pela coisa", — e deduzem dêle que se limitam as consequências da inexecução da promessa do obrigado à preempção ao ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo preferente, excluída, por conseguinte, a execução específica ou em natureza, por se tratar de uma obrigação de fazer.

Impossível é dissimular que o nosso Código Civil, apesar de promulgado em 1.º de janeiro de 1916, foi de um atraso lamentável em matéria de obrigações de fazer e de contrato preliminar ou promessa de contratar.

Quanto às obrigações de fazer, embora tenha evitado a reprodução do princípio expresso no art. 1142 do Código Civil francês, — “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur”, — cuja inexatidão é reconhecida e proclamada pelos juristas franceses, não teve o Código Civil brasileiro a sabedoria de, em lugar dêle, erigir o princípio oposto da execução específica ou em natureza, ressalvada, como exceção, a hipótese de violência à pessoa do devedor, por atentar contra a liberdade individual, e de salientar, nas obrigações que têm por objeto a realização de um ato jurídico, a substituição da declaração de vontade do devedor, no caso em que êste recuse fazê-la, pela sentença judicial.

No que diz respeito, propriamente, ao contrato preliminar ou promessa de contratar, silenciou por completo; e, nas disposições gerais sobre os contratos, onde deveria ter regulado, em benefício e segurança do comércio jurídico, aquela figura contratual, traçando-lhe, com precisão e clareza, a forma e as consequências jurídicas, de acordo com o exemplo e a lição dos povos mais cultos e experientes do que o nosso, como o alemão e o francês, deixou-nos, qual presente de grêgo, o art. 1088, fonte inesgotável de complicações e controvérsias.

Dêsse modo, com o seu silêncio e a sua indiferença diante dêsses problemas fundamentais do direito das obrigações, cuja solução legislativa, pela sua importância prática, representaria enorme serviço prestado ao comércio jurídico, retrogradou, inexplicavelmente, além das Ordenações Filipinas, que, no livro 4.º, Título 19, n.º 2, assim dispunham no seu linguajar de antanho:

“E quando as partes afirmassem entre si alguma convença, de que a escri-

tura não fosse de substância do contrato, posto que, depois de a terem simplesmente afirmada dissessem, que fossem fazer escritura, sendo a coisa, sôbre que se fez a convença, ou quantia tal, que segundo nossas Ordenações não se possa provar, senão por escritura pública, se a parte confessar que a convença foi entre êles afirmada, **será constrangida a fazer dela escritura**".

Sôbre a significação das palavras — **será constrangida** — transcreve Silva Pereira no Rep. das Ord., t. 1 nota (a) pág. 632, esta nota do Des. Oliveira:

"Nota **in praxi**, que nunca vi na prática fazer-se êste constrangimento real, senão que em semelhantes casos se manda nas sentenças, que a parte faça escritura; e não a fazendo fique a mesma sentença valendo como se o fôra". (V. Cândido Mendes de Almeida, **Código Filipino**, 14.^a ed., pág. 801, 2.^a col., nota 2).

V. sôbre o assunto: Leite Velho, **Monografia Jurídica e Prática das Execuções de Sentença em Processo Civil**, 1885, art. 334 e nota geral, págs. 216-218; Andrade Bezerra, **Do Contrato Preliminar**, tese de concurso n.º 15, pág. 126; Afonso Fraga, **Teoria e Prática nas Execuções de Sentença**, n.º 94, págs. 259-260.

Além disto, tinha o codificador civil brasileiro o expressivo exemplo do direito francês: na sua formulação dogmática e peremptória do art. 1142, esquecera o codificador civil francês a sábia lição do velho Pothier:

"Lorsque celui qui m'a promis de me vendre une certaine chose", escreve o grande jurisconsulto, "refuse d'accomplir sa promesse, puis-je l'obliger précisément à l'accomplir, en faisant ordonner que,

faute par lui de me passer le contrat de vente qu'il s'est obligé de me passer, la sentence vaudra pour contrat de vente, et qu'il me sera permis, en vertu de la dite sentence, de saisir la chose et de m'en faire metre en possession, ou bien, sur son refus, ne puis-je obtenir contre lui qu'une condamnation de dommages et intérêts, qui s'estimeront à une somme d'argent?

D'un côté, on dira que c'est un principe général, que les obligations qui ne consistent pas à donner, mais à faire, **quae non sunt in dando, sed in faciendo**, se résolvent en dommages et intérêts, faute par le débiteur d'accomplir son obligation, parce que **Nemo potest cogi praecise ad factum**. Donc, dira-t-on, l'obligation qui résulte de la promesse de vendre une chose, n'ayant pas tant pour objet la chose qu'un fait qui est la vente de la chose, étant une obligation **quae non in dando, sed in faciendo consistit**, elle doit, suivant ce principe, se résoudre nécessairement en une simple obligation de dommages et intérêts.

D'un autre côté, on dira que la règle, **Nemo potest cogi ad factum**, et celle que les obligations **quae in faciendo consistunt**, se résolvent nécessairement en dommages et intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts. Mais le fait, qui est l'objet d'une promesse de vendre, n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur; il peut le suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que,

faut par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat. Cette opinion paraît suivie dans la pratique, comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit regner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses".

(Oeuvres complètes, introd. de Rogron et Firbach, ed. de Eugène Crochard, vol. 1.^o, *Traité du Contrat de Vente*, n.^o 480, pág. 747).

Todavia, os juristas franceses posteriores ao "Código de Napoleão" não se atemorizaram, nem hesitaram diante do princípio inexato inserido no texto legal (art. 1142), sob a influência do adágio dos glosadores, — *Nemo potest cogi praecise ad factum* —, e atendendo, ao mesmo tempo, as exigências da verdade científica e os reclamos das necessidades práticas, sufragaram a doutrina do sábio Pothier, como passo a provar.

Marcadé:

"Une fois que la promesse unilatérale est arrivée à être obligatoire, à former un contrat valable, parce que, d'une part, elle est acceptée par l'acheteur éventuel, et que, d'autre part, elle contient, avec la détermination de la chose, soit la fixation du prix, soit les moyens de le fixer sans le concours ultérieur des parties, quel est l'effet de cette promesse? Donne-t-elle au créancier la faculté d'obtenir plus tard, malgré le refus du débiteur, la propriété de la chose, ou lui permet-elle seulement de faire condamner ce débiteur récalcitrant à des dommages-intérêts?... On a beaucoup discuté sur ce point dans l'ancien droit; mais le sentiment général était déjà comme il est aujourd'hui, que le créancier peut se faire

transmettre la propriété; et c'est en effet, à doctrine qu'il faut tenir. On a abusé de la maxime *nemo potest precise cogi ad factum*. Sans doute on ne peut pas contraindre une personne à l'accomplissement d'un fait, et il résulte bien de la l'impossibilité d'une exécution directe en cas de refus de l'obligé, pour les obligations qui ne peuvent s'accomplir **que par le fait personnel** de cet obligé; mais pour toute autre obligation, cette impossibilité n'existe plus. Ainsi, de même que, quand vous m'avez promis la demolition de votre mur, je pourrai, au lieu de recevoir des dommages-intérêts en continuant à subir la gêne que ce mur me cause, être autorisé par la justice à faire demolir ce mur par des ouvriers qui travailleront à vos frais; de même quand vous m'avez promis de me vendre votre maison, je pourrai obtenir un jugement qui attendu votre refus de me passer contrat, et à défaut par vous de le faire dans tel délai, me declarera propriétaire sous les conditions de la promesse intervenue entre nous, et me tiendra lieu de l'acte de vente. L'exécution directe que me procureront, dans le premier cas, des ouvriers autorisés par la justice, c'est la justice elle-même qui me la donnera dans le second". (Explication théorique et pratique du Code Civil, 7.^a ed., vol. 6.^o art. 1589, III).

Aubry et Rau:

"Mais une promesse de vente peut être acceptée expressement ou tacitement, sans engagement réciproque d'acheter, et devient, par une pareille acceptation, obligatoire pour le promettant... Il en résulte, d'autre part, que celui auquel la promesse a été faite peut, à cha-

que instant, durant le délai expressement ou implicitement fixé à cet effet, la convertir en une promesse de vente synallagmatique, au moyen de la déclaration que sa volonté est d'acheter aux conditions proposées et par suite contraindre le promettant à lui passer acte de vente et à lui livrer la chose offerte.

En vain opposerait-on que toute obligation de faire se résout en dommages intérêts. Cette règle ne s'applique, en effet, d'une manière absolue, qu'aux obligations de faire qui exigent l'intervention personnelle du débiteur. Art. 1142 et 1144. Mais il y a mieux: du moment où l'acheteur a déclaré vouloir acquérir aux conditions proposées, le contrat de vente devient parfait, et entraîne, par conséquent, une véritable obligation de donner. **L'office du juge se borne, dès lors, à ordonner l'exécution de la vente, et à déclarer que, faute par le vendeur de passer contrat, le jugement en tiendra lieu** (Cours de Droit Civil Français, 5.^a ed. de G. Rau et Falcimaigne, vol. 5.^o, § 349, págs. 6-7, nota 10).

Guillouard:

"Si la promesse unilatérale de vendre ou d'acheter ne transfère pas la propriété, donne-t-elle du moins à celui auquel elle est faite le droit de contraindre le promettant à passer contrat? Non, dit un arrêt d'Amiens, car il s'agit là d'une obligation de faire, qui en cas d'inexécution se résout en des dommages et intérêts (art. 1142).

L'opinion qui a triomphé affirme, au contraire, avec Pothier, que celui auquel la promesse a été faite peut contraindre le promettant à lui passer acte de vente,

et nous comprenons difficilement comment la question a pu être controversée: il ne s'agit pas en effet de contraindre le promettant à accomplir une obligation de faire, plus ou moins personnelle; il s'agit **de faire exécuter un contrat parfait** à l'exécution duquel le mauvais vouloir du promettant ne peut le soustraire.

Précisons le fait: il y a eu d'abord promesse unilatérale de vendre ou d'acheter, promesse dans laquelle ont été indiqués le prix de la vente et l'identité de la chose vendue. Puis celui auquel la promesse a été faite l'accepte, et déclare qu'il consent à acheter ou à vendre aux conditions de la promesse.

Désormais, il y a vente **parfaite, irrévocable**: les deux volontés dont la réunion était nécessaire pour la formation du contrat se sont rencontrées, et l'action qui sera intentée contre le promettant n'aura qu'un but, poursuivre l'exécution du contrat, faire condamner le promettant à livrer la chose, si c'est une promesse de vente, à en prendre livraison et à payer le prix, si c'est une promesse d'acheter". (*Traité de la Vente et de l'Echange*, 3.^a ed., vol. 1.^o, n.^o 85, págs. 102-103).

Troplong:

"D'autres allaient plus loin. Ils voulaient que le promettant fut tenu de satisfaire à sa parole, en passant contrat. De ce nombre était Pothier. Il décidait que celui au profit de qui la promesse était faite pouvait obliger précisément le promettant à l'accomplir, en faisant ordonner que, faute par lui de passer contrat, la sentence en tiendrait lieu et servirait de titre pour saisir la chose et s'en

mettre en possession. C'est ce qu'avait jugé le Parlement de Paris, par arrêt du 28 Mai 1658, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Talon.

Cette opinion était incontestablement meilleure que la précédente. L'objection *Nemo precise potest cogi ad factum*, consacré par l'art 162 du Code Napoléon était sans fondement. Car cette maxime n'est applicable que lorsqu'il s'agit de faits corporels, que nul autre que l'obligé ne peut accomplir, par exemple de faire un tableau. Mais à l'égard des faits dans lesquels l'intervention du débiteur peut être supplée par une intervention étrangère, la maxime cesse d'être applicable. Or, le fait qui est l'objet d'une promesse de vente peut se suppléer par un jugement". (*De la vente*, 5.^a ed., vol. 1.^o n.^o 115, pág. 139).

Massé et Vergé:

"De ce que la promesse unilatérale de vendre oblige celui qui l'a fait à vendre la chose qui fait l'objet du contrat, il résulte que celui à qui la promesse a été faite a le droit d'agir contre le promettant pour le faire condamner soit à passer acte de vente, soit, le jugement de condamnation valant acte de vente, à lui livrer la chose: il ne s'agit pas là d'une simple obligation de faire que ne se résoudrait qu'en dommages-intérêts". (*Le Droit Civil Français* par K.-S. Zachariae, annoté et rétabli, vol. 4.^o, § 675, pág. 266, nota 6).

Baudry-Lacantinérie et Saignat:

"L'opinion généralement admise est plus exacte. Elle décide, comme le faisait

Pothier, que le créancier de la promesse unilatérale de vendre a, non seulement le droit de demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution, mais encore celui de contraindre le promettant à l'exécution de sa promesse. En effet, lorsque celui à qui a été faite la promesse de vendre déclare vouloir en profiter, il s'engage pour cela même à acheter et la promesse se transforme: d'unilatérale elle devient synallagmatique, et elle sera désormais régie par l'art. 1589; au lieu d'une seule obligation, il y a maintenant deux obligations réciproques, et la translation de la propriété, que la promesse unilatérale n'avait pas opérée, résulte de la promesse devenue synallagmatique, qui vaut vente.

Le créancier de la promesse est désormais un acheteur qui pourra contraindre le vendeur à lui livrer la chose, non seulement en vertu de l'art. 1144, mais aussi en vertu des règles sur l'obligation de délivrer la chose vendue (art. 1603 et suiv.). Si le promettant, qui est maintenant un vendeur, refusait de livrer la chose, l'office du juge deviendrait nécessaire, non point, comme on le dit souvent, pour condamner le vendeur à effectuer la vente et à **passer contrat**, mais plus exactement pour constater l'existence de la vente et en ordonner l'exécution; le jugement tiendra lieu d'acte" (*Traité Théorique et Pratique du Droit Civil*, vol. 19, n.º 66, págs. 48-49).

Sobre a execução das obrigações de fazer em geral, v. o vol. 12, de Barde n.º 431 e segs., onde êsse professor, depois de examinar o verdadeiro alcance do art. 1142 do Código Civil, conclui que muito melhor teria sido se se não houvesse escrito êsse dispositivo; porque, tomado ao pé da letra, se lhe atribue uma significação incompatível com o respeito

devido às convenções, e, penetrado o seu espírito, manifesta-se-lhe a inutilidade em exprimir uma idéia que se encontra em toda a obrigação, isto é, que o credor se deve contentar com as perdas e danos, se lhe é impossível obter a execução em natureza.

Planiol:

“Aussi dit-on que toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts, au cas d’inexécution par le débiteur (art. 1142). L’expression légale n’est pas excellente parce qu’elle ne pose le principe de l’exécution forcée. Elle semble admettre que le débiteur n’est tenu que du paiement des dommages-intérêts.

Le Code civil italien (art. 1218) ne l’a pas adoptée et le projet franco-italien de Code des obligations (art. 87) pose la règle suivante: “Le débiteur est tenu à l’exécution complète de l’obligation et à défaut à des dommages-intérêts

Dans le cas où l’obligation du débiteur était de passer acte dans un certain délai, on a trouvé un moyen facile de contraindre le débiteur à l’exécution de son obligation: le juge décide qu’à défaut par le débiteur de l’exécuter, le jugement tiendra lieu de l’acte qui aurait du être passé”. (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11.^o ed., vol. 2.^o, n.^o 173, págs. 67-68).

Colin et Capitant:

“Inversement, il n’est pas vrai que les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent toujours, en cas de inexécution, en dommages-intérêts. L’adage *Nemo precise cogi potest ad factum* est souvent inexact.

Il en est ainsi d’abord dans deux hy-

pothèses expressement visées par les articles 1144 et 1143, Art. 1144: "Le créancier peut, en cas d'inexécution (d'une obligation de faire), être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur". — Art. 1143: "Le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement (de ne pas faire), soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages-et intérêts s'il y a lieu".

Dans d'autres hypothèses encore il en sera de même, et le créancier d'une obligation de faire pourra solliciter et obtenir du juge, à l'encontre d'un débiteur recalcitrant, une satisfaction en nature adéquate à l'obligation, et non des dommages-intérêts. Il en est ainsi lorsque le fait promis consiste dans un acte juridique, dans un consentement ultérieur promis. Ainsi, la promesse de vente se transformera en vente, par l'effet de la décision du juge qui autorisera l'acheteur à se mettre en possession". (*Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, 8.^a ed., vol. 2.^o, n.^o 100, pág. 92).

E, para não estender mais as transcrições, v. ainda no mesmo sentido: *Laurent, Principes de Droit Civil*, 3.^a ed., vol. 24, n.^o 13, págs. 17-18; *Demolombe, Cours de Code Napoléon*, vol. 25, n.^o 326, pág. 319; *Duranton, Cours de Droit Français suivant le code civil*, 4.^a ed., n.^o 52, págs. 75-77; *Colmet de Santerre, Cours Analytique du Code Civil*, 2.^a ed., vol. 7.^o, art. 1589, 10 bis; *Josserand, Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. 2.^o, pág. 589 e segs. e n.^o 323 e segs.

Como se evidencia dos trechos transcritos, os grandes juristas franceses não se apegaram à expressão literal do art. 1142, e, apreendendo-lhe o verdadeiro espírito, formularam o princípio geral da execução específica ou em natureza das obrigações de

fazer, e, especialmente, das promessas unilaterais de venda, não compreendidas pelo art. 1580, que, equiparando as promessas de venda à venda, quando há o consentimento das duas partes, sobre a coisa e o preço, só se refere, na opinião dominante, às promessas sinalagmáticas, em que ambos os contratantes se obrigam — o promitente a vender e o promissário a comprar.

A jurisprudência francesa, acompanhando os escritores, também consagrou a doutrina do velho Pothier. É o que informa Laurent nêstes têrmos: "La jurisprudence a consacré l'opinion de Pothier" (loc. cit.).

Mas, não era só a tradição do nosso direito e o exemplo da doutrina e da jurisprudência francesa, interpretando, larga e fecundamente, o art. 1142, do velho Code Napoléon, e repelindo "le vieil adage tout à fait surrané d'après lequel les obligations de faire se résolvent en argent", de que fala Raymond Saleilles (*Étude sur la Theorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil pour l'empire allemand*, 3.^a ed., n.º 25, pág. 22), em que se poderia ter inspirado o legislador brasileiro, para ir além dos casos dos arts. 881 e 883, nos quais se concede ao credor, na hipótese do não cumprimento por parte do devedor das obrigações de fazer e de não fazer, a alternativa entre a execução específica e a indenização por perdas e danos. Aí estava para o esclarecer e orientar, no assunto, a lição do direito austríaco e do direito alemão.

No art. 936, trata o Código Civil austríaco da convenção obrigatória dirigida à conclusão de um contrato futuro ("Die Verabredung, kuenftig erst einen Vertrag, schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich.....")

Essa convenção (**pactum de contrahendo**) é denominada, na terminologia jurídica dos povos de língua alemã, Vorvertrag (pré-contrato ou contrato preliminar) e correponde ao **avant contrat** ou **promesse de contracter** (de que a **promesse de vente** é uma espécie) da terminologia francesa.

Como as promessas de contratar (e em particu-

lar a promessa de vender), pode o pré-contrato ou contrato preliminar ser unilateral ou bilateral, conforme uma só ou ambas as partes se obrigam à conclusão do contrato (A. Ehrenzweig, obr. cit., vol. 2.º, § 313, págs 57-58 e J. Shey, obr. cit. § 396, pág. 506, n.º 7).

“O efeito de um contrato preliminar”, escreve Stubenrauch, consiste em poderem as partes exigir a execução da promessa feita, isto é, a efetiva conclusão do contrato convencionado (“Die Wirkung eines Vorvertrages besteht darin, dass die Parteien auf die Vollziehung der gemachten Zusage”, d. h. auf die wirkliche Abschliessung des verabredeten Vertrages... dringen koennen”. **Kommentar zum oesterreichischen allgemeinen buergerlichen Gesetzbuch**, 7.^a ed., neu bearbeitet von. v. Bonnet, Schreiber und Krasny, § 936, pág. 131).

Assinala o Código Civil austríaco o caráter obrigatório (ist verbindlich) do contrato preliminar, mas silencia acêrca das consequências jurídicas no caso de sua inexecução por parte do devedor, isto é, quando êste recuse concluir o contrato definitivo.

Essa lacuna, preencheu-a a Ordenança de Execução de 1896, ao dispor, de modo geral, no art. 367, que se consideram como emitidas as declarações de vontade em negócios jurídicos, à cuja emissão é obrigado o executado, segundo a sentença executória ou outro título de execução.

Pelo art. 359, ao contrário, a pretensão a um ato, que não pode ser atendido por um terceiro, e cuja execução depende, exclusivamente, da vontade do obrigado, é forçada por penas pecuniárias ou prisão (Stubenrauch, loc. cit., nota 2 e Krasnapolski-Kafka, obr. cit. vol. 3.º, § 15, pág. 74).

Dêsse modo, no direito austríaco, as obrigações de fazer, que têm por objeto uma declaração de vontade, a realização de um negócio jurídico, não se resolvem, na hipótese de inexecução, em reparação pecuniária, mas são submetidas à execução específica ou em natureza, que se processa mediante a substituição do ato do devedor inadimplente pela sentença judicial.

Não cogita o Código Civil alemão do *Vorvertrag*, mas ensinam os civilistas tudescos que é indubitável a validade da sua constituição, e que, no concernente ao seu cumprimento, pode o promissário exigir a conclusão do contrato principal, cabendo-lhe, no caso de recusa do promitente, a opção entre promover a execução forçada ou pedir a reparação dos danos.

Falem êsses civilistas.

Ennecerus:

“Pode constituir-se uma obrigação de aceitar por um pré-contrato, isto é, em virtude de um contrato, pelo qual se assume a obrigação de concluir outro contrato obrigatório (o contrato principal). Posto que o C. não mencione o pré-contrato, não se pode duvidar da sua validade, se concorrem os requisitos do contrato e está suficientemente determinado o contrato principal, que se há de concluir”. (“Eine Verpflichtung zur Annahme kann durch einen Vorvertrag begründet werden, d. h. durch einen Vertrag, durch den die Verpflichtung zum Abschluss eines anderen obligatorischen Vertrages (des Hauptvertrags) uebernommen wird. Ist auch der Vorvertrag im B. G. nicht erwahnt, so ist doch an der Gueltigkeit nicht zu zweifeln, wenn die Vertragserfordernisse vorliegen und der abzuschliessende Hauptvertrag hinreichend genau bestimmt ist”. Obr. cit., vol. 1.^o, 1.^a parte, 21.^a ed., § 53, pág. 415).

Crome:

“Pode também consistir na conclusão de outro contrato a prestação assumida no contrato obrigatório. Assim, na assunção de uma alienação de coisas

(venda, troca, doação), também está a da conclusão do contrato real, pelo qual deve ser fornecida ao adquirente a propriedade da coisa. Não há nisto uma particularidade do contrato de compra. Ao contrário, devem ser assinalados como aqueles contratos obrigatórios, que se dirigem à conclusão de outro contrato obrigatório. Fala-se, aqui, de pré-contratos. Figura o pré-contrato entre as pré-negociações do negócio principal, que se tem em vista, mas se distingue delas pelo seu caráter obrigatório. Podem as partes, por isso, exigir a conclusão do contrato principal, — e, no caso de recusa da outra parte, iniciar em seguida, a execução forçada ou pedir indenização de danos". (Die in dem Schuldvertrag unbernommene Leistung kann auch in Abschluss eines anderen Vertrages bestehen. So liegt in der Uebernahme einer Veraeussderung von Sachen (Kauf, Tausch, Schenkung) auch die Uebernahme des Abschlusses des dinglichen Vertrages, durch welchem dem Erwerber das Eigenthum der Sache verschafft werden soll. Eine Besonderheit des Kaufvertrages... liegt darin nicht. Dagegen sind diejenigen Schuldverträge auszuzeichnen, die auf den Abschluss eines anderen Schuldvertrages gerichtet sind. Hier spricht man von Vorverträgen. Der Vorvertrag spielt unter dem Vorverhandlungen des beabsichtigten Hauptgeschäftes eine Rolle, unterscheidet sich aber von ihnen durch seinen bindenden Charakter. Die Parteien des Vorvertrages können daraus den Abschluss des Hauptvertrages verlangen, — bei Weigerung des anderen Theils die Zwangsvollstreckung darauf einleiten oder Schadenersatz fordern". (Obr. cit., vol. 2.º, § 167, pág. 166).

Como, porém, se realiza a execução forçada da obrigação assumida no pré-contrato, — conclusão do contrato principal, — a que é condenado pela sentença o obrigado inadimplente?

Esse problema, resolveu-o o Código de Processo Civil alemão com técnica idêntica à da Ordenança de Execução austríaca de 1896, ao regular a execução forçada das sentenças, que condenam o devedor à emissão de uma declaração de vontade. Dispõe ele no § 894, seguindo o precedente de várias leis prussianas: "Se o devedor for condenado à emissão de uma declaração de vontade, considerar-se-á emitida a declaração, logo que a sentença passar em julgado. Se a declaração de vontade depender de uma contraprestação, produzir-se-á êste efeito, logo que, de conformidade com as disposições dos arts. 726 e 730, se conceder uma cláusula executória da sentença passada em julgado. O preceito da primeira alínea não se aplica no caso de condenação a contrair um casamento". ("Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhængig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 726, 730, eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskraeftigen Urteils erteilt ist. Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung).

Aliás, a segunda alínea dêsse dispositivo não tem mais objeto atualmente, conforme o observa o professor Leo Rosenberg, em consequência do art. 1297 do Código Civil alemão, que não admite se possa ser acionado em virtude de sponsais, para contrair casamento (*Lehrbuch des Deutschen Zivilprocessrechts*, 1927, § 214, pág. 641).

"Segundo o precedente de numerosas leis do século 19, não se exerce nenhuma coação, se o devedor é condenado à emis-

Stein e Jonas:

são de uma declaração de vontade, porque, aqui, o fim da execução pode ser atingido por um meio mais simples: em virtude de uma ficção legal, substitue-se a emissão da declaração de vontade pela condenação.

O ato judicial tem, pois, o mesmo efeito que aquêle que o devedor tinha obrigação de criar em virtude da sua declaração... Com a coisa julgada, deve considerar-se emitida a declaração de vontade. Significa esta ficção que se devem produzir tôdas aquelas consequências jurídicas, que teriam ligado a emissão da declaração com o conteúdo que lhe deu a sentença, como se tivesse sido feita pelo devedor no momento de começar a coisa julgada". (*"Die Zivilprozessordnung fuer das Deutsche Reich*, vol. 2.^o, 12/13 ed., págs. 856-859).

Apontam os processualistas alemães, como principais casos de aplicação e significação prática do art. 894, os de declarações de vontade que têm por fim a inscrição ou cancelamento no registro fundiário para a transferência da propriedade, ou constituição de outro direito real, no registro de navios, no registro de comércio ou em outros registros públicos, a realização de atos jurídicos, como a conclusão de um contrato de compra ou de locação, a cessação de um crédito, a aceitação de uma dívida, a procuração, e consentimentos de qualquer espécie. (Stein e Jonas, obr. cit., vol. 2.^o, pág. 857; Lothar Seuffert. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9.^a ed., vol. 2.^o, pág. 589; Leo Rosenberg obr. cit., pág. 541).

Com referência à orientação da doutrina e da jurisprudência italianas no sentido da execução específica das promessas de contratar, v., para não alongar ainda mais este parecer, o trabalho de Filadelfo Azevêdo, — *Execução coativa da promessa de venda*, — *Revista de Crítica Judiciária*, vol. X, págs. 593-613, onde é apreciada, especialmente, aquela orientação.

Era, pois, natural que, inspiradas na tradição do direito nacional e nos ensinamentos do direito comparado, se levantassem, como de fato se levantaram, as vozes mais altas da nossa cultura jurídica, para defender a tese da execução forçada das obrigações que têm por objeto declarações de vontade, mediante a substituição da efetiva declaração da vontade do obrigado, que se resusa a emití-la, pela sentença judicial.

Buscava esse brilhante e fecundo movimento, a que se juntaram juízes cultos e de larga visão, pôr o nosso direito a serviço do progresso científico e dos interesses vitais do comércio e da vida social, que impõem, decisivamente, o cumprimento específico das obrigações de fazer, isto é, tal como querem e praticam, na sua boa fé e de acordo com os seus fins, as partes contratantes, e não por meio do sucedâneo da indenização de perdas e danos.

Pois, como se exprime, admiravelmente, Chioven-da, "as partes não estipulam contratos pelo gosto de trocar declarações de vontade, senão em vista de certas finalidades suas, para cuja consecução se põem em relação recíproca". (**Princípios de Direito Processual Civil**, ed. espanhola, vol., 1.^o, pág. 223).

Diante de tudo isto, não podia ficar impassível, durante muito tempo, o legislador nacional.

Realmente, tendo-se malogrado a idéia da revisão do Código Civil, para a qual fôra até nomeada, pelo Governo Provisório, logo após a vitória da revolução de 30, uma comissão de jurisconsultos, o Presidente da República, enfeixando em suas mãos o poder legislativo, nos termos da Carta Constitucional, outorgada em virtude do golpe de 10 de novembro de 1937, e aproveitando o projeto da autoria do ilustre jurista e parlamentar, professor Valdemar Ferreira, deputado por São Paulo, já aprovado na Câmara de Deputados e no Senado Federal dissolvidos por aquele golpe, expediu o decreto-lei n.^o 58 de 10 de dezembro de 1937 e o decreto n.^o 3079 de 15 de setembro de 1938.

Aceitaram êsses decretos, expressamente, o princípio da execução específica ou em natureza das obrigações de fazer, constituídas sob a forma de compro-

missos ou promessas de compra e venda de imóveis em geral, cujas escrituras sejam averbadas no registro de imóveis à margem das respectivas transcrições aquisitivas (arts. 15, 16 e 22 dos referidos decretos).

De sorte que não fizeram mais do que confirmar e reforçar aquêle princípio já adotado pelo nosso direito substantivo:

a) O art. 1006 do Código de Processo Nacional, que dispõe:

“Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado.

§ 1.º — Os efeitos da declaração de vontade que depende de contra-prestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta.

§ 2.º — Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo.

b) O ante-projeto do Código de Obrigações, elaborado por Orozimbo Nonato, Filadelfo de Azevêdo e Hahnemann Guimarães, professores de direito e ministros do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes dispositivos:

ART. 194. Não revestindo o contrato preliminar a forma especial exigida para o definitivo, o contratante, que se recusar a outorgar êste, fica obrigado ao ressarcimento do prejuízo, salvo a aplicação do art. 107.

PARÁGRAFO ÚNICO — Revestindo o contrato preliminar a mesma forma prescrita para o definitivo, a parte prejudicada com a recusa pode preferir a execução judicial nos termos do parágrafo único do art. 195.

ART. 195. Recusada a prestação do fato, pode o credor exigí-la especificamente, a menos que a execução importe violência à pessoa do devedor.

PARÁGRAFO ÚNICO — A sentença supre a declaração de vontade, quando, nas obrigações de fazer, o devedor se recusa a prestá-la”.

Está, pois, claramente liquidada, no direito pátrio, a controvérsia em torno do cumprimento específico ou em natureza das obrigações de fazer, desde que esse cumprimento não constitua violência à pessoa do devedor.

Confesso, entretanto, lealmente, que, só com isso, não se decide, afirmativamente, a questão de poder o titular do direito de preempção exigir a coisa alienada a terceiro. É, sem dúvida, um dado essencial para a admissão dessa possibilidade, porque, se aceito fôra o princípio oposto de que as obrigações de fazer, tendo como prestação uma declaração de vontade, se resolveriam, necessariamente, em perdas e danos, só a estes teria direito o preferente, que os deveria pleitear do obrigado alienante.

Dado essencial, de certo, mas insuficiente: a execução específica ou em natureza só pode ser reclamada do próprio devedor; e, se este aliena a coisa, torna-se impossível essa forma de cumprimento da sua obrigação, que se resolve em perdas e danos. Como dizem Baudry-Lacantinérie e Léo Saignat:

“Toutefois, pour que le promettant puisse être ainsi contraint à livrer la chose, il est nécessaire qu’il ne l’ait pas aliénée au profit d’une autre personne; s’il ne l’avait plus, l’exécution directe de son obligation serait impossible, et on ne pourrait obtenir contre lui qu’une condamnation à dommages-intérêts. (“Obr. cit., vol. 19, n.º 66, pág. 49).

Poder-se-á, porém, reclamar a execução específi-

ca do terceiro adquirente da coisa? O terceiro adquirente é estranho à relação jurídico-obrigacional entre o obrigado e o titular do direito de preferência; não se acha vinculado por essa relação, de cuja constituição não participou e cuja existência pode até desconhecer.

Fazer valer, pois, contra êle, a convenção constitutiva do direito de preferência, seria submetê-lo, muitas vezes, como o salienta o professor Hedemann, a "uma desagradável surpresa" (*eine unangenehme Ueberraschung*) "Ele tinha feito, talvez, escreve êsse professor, cuidadosos preparativos, custosos cálculos e, quando quer pôr mãos à obra, mete-se no meio um terceiro e afirma ter um "direito de preempção". (Obr. cit., § 37, VI f, pág. 249).

Por outro lado, deixar o titular do direito de preempção, vítima, também muitas vezes, da deslealdade e da má fé do obrigado em conluio fraudulento com o terceiro adquirente, inteiramente desarmado em relação a êste, não seria justo.

Em face dêsse possível choque de legítimos interesses, entre o titular do direito de preempção e o terceiro adquirente, ambos, quando de boa fé, dignos de proteção jurídica, como o solucionaram as grandes codificações, que trataram da matéria?

Antes de responder, quero observar que os juristas franceses, examinando a questão, apesar de o Código Civil francês (e também o italiano) não regular o direito de preempção, a resolvem diferentemente: uns, como Aubry e Rau, com o dado técnico da boa ou má fé do terceiro adquirente, isto é, se êle conhecia ou não o pacto de preferência e a intenção do titular de exercer o direito; outros, qual Larombière, com o caráter real da ação que cabe ao preferente, para exigir a coisa do terceiro adquirente.

Aubry e Rau:

"Si donc, au mépris de son engagement, l'acquéreur revendait la chose à un tiers, le vendeur ne jouirait pas contre ce dernier l'action en revendication et ne

pourrait exercer qu'une action en dommages-intérêts contre l'acquéreur.

Il en serait toutefois autrement, et la nullité de la vente devrait être prononcée même à l'égard du tiers acquéreur, si ce dernier avait été de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il avait connu le pacte de préférence et l'intention du bénéficiaire de ce pacte d'en profiter". (Obr. cit., vol. 5.^o, § 352, pag. 56).

V. ainda Baudry-Lacantinérie et Saignat, obr. cit., vol. 19, n.^o 71, pag. 52:

"N'ayant pas de droit réel, celle-ci ne pourrait demander contre l'acheteur le délaissement de la chose vendue, à moins que la vente n'ait été faite dans des conditions qui rendraient applicable l'action paulienne".

Larombière, referindo-se a uma decisão de Riom, de 30 de junho de 1843, na qual se sustenta,

"que dans le cas où l'acquéreur s'est engagé à retroceder, par préférence, la chose au vendeur, au prix qu'il vêut à la revendre, ce pacte de préférence ne se réduisait pas, à défaut d'exécution, en une simple action personnelle en dommages et intérêts, mais qu'il lui donnait, après la revente de la chose, le droit d'en exiger le délaissement de la part du tiers acquéreur, par action réelle et à la charge du remboursement de son prix d'acquisition",

adota-a nestes têrmos:

"Quant à nous, adoptant cette der-

nière opinion, nous croyons que les décisions contraires blessent essentiellement le principe, que promesse de vente vaut vente, tel que nous l'avons interprété, en le conciliant avec les règles nouvelles que le Code civil a établies, touchant la transmission de la propriété, pour la seule force de la promesse". (Obr. cit., vol. 1.º, art. 1138, n.º 16, pág. 456).

As codificações, que disciplinam a preempção e resolvem, expressamente, o problema da oponibilidade do direito do preferente em relação ao terceiro adquirente, são o Código Civil austríaco e o Código Civil alemão.

Poder-se-á dizer do primeiro que é um velho Código, promulgado em 1811. Todavia, reformado, como já o disse, em 1914, 1915 e 1916, não lhe modificaram as normas relativas ao direito de preempção, que continuam as mesmas (arts. 1072-1079), ao passo que sofreu algumas alterações a regulação da retrovenda e da venda a contento, resistindo, destarte, aquelas normas a uma experiência de quasi 150 anos.

Do segundo, o que se pode e se deve dizer é que é um código moderno, promulgado em 1896 e entrado em vigor a 1.º de janeiro de 1900, modelo incomparável de ciência e de técnica, elaborado por um grande povo, portador da maior cultura do mundo.

Pelo sistema desses códigos, pode o direito de preempção convencional (e constituído pela inserção da cláusula em qualquer contrato, como expliquei na resposta ao 1.º quesito), se se tratar de imóvel, transformar-se em direito real pela inscrição no registro imobiliário.

Código Civil austríaco, art. 1073:

"O direito de preempção é, em regra, um direito pessoal. Relativamente a bens imóveis, pode, pelo registro nos livros públicos, transformar-se em um direito real. (Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein

persoenliches Recht. In Ruecksicht auf unbewegliche Gueter kann es durch Eintragung in die oeffentlichen Buecher in ein dingliches verwandelt werden).

Código Civil alemão, art. 1094:

“Pode um imóvel ser onerado de modo que aquêle, em cujo favor se efetua o onus, seja titular de um direito de preempção em face do proprietário”. (Ein Grundstueck kann in der Weise belastet werden, dass derjenige zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentue-mer gegenueber zum Vorkaufe berechtigt ist).

O direito de preempção convencional (o código civil alemão só conhece um caso de direito de preempção legal: o do co-herdeiro relativamente à parte que outro co-herdeiro venda a um terceiro — art. 2034. V. Dernburg, obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 118 e Heilfrom, *Lehrbuch des Buergerlichen Rechts*, vol. 2.^o, 3.^a ed., § 50, pág.471), tem assim, quando se refere a imóvel, um duplo aspecto:

a) Sem o registro, é um direito pessoal, que só produz efeitos entre as partes: pode apenas o titular pedir a prestação do obrigado, e não do terceiro, que adquiriu o imóvel dêste, cuja obrigação se resolve, pela impossibilidade da prestação, em perdas e danos.

b) Com o registro, torna-se um direito real. De feito, o direito real de preempção tem por fundamento o direito de preempção pessoal: é um direito de preempção obrigatório tornado real.

Veja-se o que ensinam os mestres alemães:

Dernburg:

“O direito de preempção pessoal ser-

ve de fundamento ao real, mas seu efeito fica muito mais fortalecido...

Como o direito de preempção real é, segundo o Código Civil, somente uma variedade particularmente especificada e garantida do obrigatório, aplicam-se, em geral, à relação jurídica entre o titular e o obrigado as prescrições dêste — art. 1098, al., como as mesmas foram acima expostas". (Obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 197, págs. 125-128).

Heilfrom:

"O direito de preempção real do Código Civil aparece como o direito de preempção obrigatório tornado real". (*Lehrbuch des Buergerlichen Rechts*, 3.^a ed., vol. 3.^o, § 46, pág. 541).

Crome:

"O direito de preempção real repousa, pois, sobre um contrato: o negócio de preempção obrigatório, que forma, ao mesmo tempo, o fundamento jurídico do acôrdo real das partes, para o domínio do titular da preempção sobre o imóvel. A isto se segue, então, finalmente, o registro do direito real no registro imobiliário, de conformidade com as disposições gerais. Art. 1094 do C. C."

Ainda permanece a particularidade de que o direito de preempção real pressupõe sempre, ao mesmo tempo, a existência do obrigatório, enquanto os direitos reais, ao contrário, subsistem, normalmente, independentes da causa da obrigação". (Obr. cit., vol. 3.^o, § 445, págs. 569-570).

Kober:

"Natureza jurídica e efeito do direito de preempção."

O direito de preempção constituído contratualmente (ou testamentariamente) sobre imóveis (relativamente aos móveis Obs. prel. n.º 1) só pode obter efeito real pela inscrição no registro imobiliário, (§§ 873 obs. C., 874).

a) Considera-se este direito de preempção real, de acordo com a sua natureza jurídica, como um modo especial de ônus sobre imóvel (como, p. ex., um ônus real). Deve-se, por consequência, registrá-lo, também, entre os ônus, e não entre as limitações de disposição". Obr. cit., vol. 3.º, pág. 638).

Hedemann:

"Mas, com efeito jurídico-real só pode ser constituído um direito de preempção sobre imóveis (art. 1094 e segs.). Pela inscrição no registro imobiliário, cuida-se, então, da sua publicidade.

"Há, pois, na lei uma **dupla regulação**. Ambas as seções não se excluem reciprocamente, de sorte que um direito de preempção deveria ser constituído ou segundo os arts. 564 e segs., ou conforme os arts. 1094 e segs. A relação é antes esta: um direito de preempção com eficácia simplesmente obrigatória pode ser constituído à vontade em todos os bens corpóreos; quanto aos imóveis têm as partes de refletir se querem ajuntar à sua estipulação efeito real pela inscrição no registro imobiliário; e, se a têm feito, então acrescentar aos assim aplicáveis arts. 564 e segs. ainda as disposições jurídico-reais especiais.

Pode-se, também, formular isto assim inversamente: o direito de preempção tornado real é completado, para a liquidação interna entre o concedente e o ti-

tular da preempção, pela doutrina do direito das obrigações (assim art. 1098...)” (*Sachenrecht des Buergerlichen Gesetzbuches*, 1924, § 32, IV, a) págs. 314-315).

Kieckbusch:

“Não existem, pois, dois direitos um ao lado do outro, um obrigatório e um real, senão um só direito unitário no direito de preempção real, com o conteúdo do direito de preempção obrigacional, que é eficaz em face de terceiros. O art. 1098, al. 2 do C. C. não regula a qualidade e o conteúdo dêste ônus sobre imóvel, mas fala somente da qualidade da eficácia contra terceiros. Da circunstância que o direito de preempção real é um verdadeiro direito das coisas, resulta, também, a aplicabilidade sobre a aquisição de boa fé (arts. 892 e segs. C. C.), que não tem lugar no direito de preempção obrigacional assegurado pela prenotação. Entre os dois, há, pois, muito bem uma diferença (Obr. cit., vol. VI, págs. 705-706).

No sistema alemão, o direito real assegura ao titular da preferência a pretensão à transferência da propriedade sobre o imóvel alienado pelo obrigado a terceiro: essa pretensão do titular resulta do próprio exercício do direito de preferência.

É o que determina a alínea 2.^a do art. 1098 do Código Civil alemão:

“Em face dos terceiros tem o direito de preempção o efeito de uma prenotação para a garantia da pretensão ao transporte da propriedade, que resulta do exercício do direito (“Dritten gegenueber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausuebung des Rechts entstehenden Ans-

pruchs auf Uebertragung des Eigentums").

Estudando o assunto, escreve Crome:

"O direito de preempção real é um ônus sobre imóvel dirigido à apropriação dêste, no caso de venda, pelo preferente, como titular mais próximo. O direito de preempção real sobreviveu do rico tesouro do direito dos próximos (Naeherrechte) germânico, e justifica-se pela necessidade de alcançar, para o direito de preempção obrigatório, eficaz execução pela admissão de um domínio real sobre o bem, ainda contra terceiro". (Obr. cit., vol. 3.º, § 445, pág. 568).

Gierke explica, magnificamente, o efeito real do direito de preempção:

"Determina o C. C. que o direito de preempção tem, em face de terceiros, o efeito de uma prenotação para a segurança da pretensão à transferência da propriedade, nascida pelo exercício do direito. Por conseguinte, é ineficaz toda a disposição referente ao imóvel até o ponto em que ela frustraria ou prejudicaria essa pretensão. Assim, se o proprietário obrigado já transmitiu o imóvel onerado ao comprador, cairá essa transmissão e toda transmissão posterior pelo exercício do direito de preempção. Conseqüentemente, também nesse caso, dirige-se a pretensão do titular do direito de preempção à transferência da propriedade e contra o obrigado à preempção, que autoriza, como se comprometeu, a execução da transmissão do imóvel. Entretanto, tem, ao mesmo tempo, o titular da preempção contra qualquer novo proprietário uma

pretensão real à necessária cooperação à transferência da propriedade, pelo consentimento ao registro, e à restituição da coisa. Cairá, igualmente, outra qualquer disposição, referente ao imóvel, do proprietário obrigado à preempção até o ponto em que prejudicaria a pretensão do titular da preempção de adquirir o imóvel, como ele foi vendido. Tem o titular da preempção contra qualquer terceiro, que adquiriu um direito em virtude de tal disposição, uma pretensão real ao consentimento para a extinção desse direito e à supressão da situação prejudicial ao direito de preferência. ("Obr. cit., vol. 2.º, § 154, págs. 803-804").

Confrontando o efeito pessoal e o efeito real do direito de preempção, ensina Dernburg:

"De acôrdo com as conclusões da segunda comissão, determina o art. 1098, al. 2, que o direito de preempção tem, em face de terceiros, o efeito de uma prenotação para a segurança da pretensão à transferência da propriedade, nascida pela realização do direito.

Enquanto, pois, no direito de preempção simplesmente pessoal, o comprador do objeto submetido à preempção não responde para com o titular desta — acima § 196 VI —, de sorte que o mesmo vê relegar-se a sua pretensão, exclusivamente, contra o obrigado, aqui a coisa é inteiramente diferente, § 883. O titular da preempção pode exigir o consenso do terceiro adquirente à sua inscrição como proprietário, se o obrigado à preempção lhe transmite o imóvel onerado com esta, para que ele o autorize e fique responsável. (Obr. cit., vol. 2.º, 2.ª parte, § 197, págs. 127-128).

Ao lado e independentemente de um direito de preempção real, verdadeiro direito das coisas, autêntico ônus real, resultante da inscrição do direito de preempção obrigacional no registro imobiliário, como já se viu dos ensinamentos dos mais ilustres juristas alemães, que tive a oportunidade de transcrever (quanto à particularidade da existência do contrato real (*Einigung und Eintragung*), além do contrato causal, no sistema alemão de transmissão da propriedade imóvel e de constituição de outros direitos reais sobre imóveis, cons. meu livro — **Publicidade material do registro imobiliário**, ns. 34-41), é geralmente reconhecido, no direito alemão, que se pode garantir um direito de preempção obrigatório e pessoal por uma prenotação, assegurando-se dessa maneira, a pretensão à restituição do imóvel. (Kober, obr. cit., vol. 3.º, págs 145 e 636; Kieckebusch, obr. cit., vol. VI, pág. 706; art. 883 do Código Civil alemão).

Segundo já o expuz, o Código Civil austríaco, semelhantemente ao Código Civil alemão, eleva à categoria de direito real o direito de preempção obrigatório e pessoal, que é inscrito no registro imobiliário.

Vou indicar, agora, através de opiniões dos mais autorizados autores austríacos, os efeitos que decorrem da "realidade" do direito de preempção.

Compara Krasnopolski o direito pessoal e o direito real de preempção, acentuando-lhes a diferença de eficácia:

"A obrigação correspondente ao direito de preempção", doutrina êsse conhecido professor, "de oferecer ao titular, para resgate, a coisa que se tem em vista vender, é puramente pessoal: segundo o moderno direito, não vincula "realmente" a coisa e não se pode fazer valer contra um sucessor singular do obrigado (art. 1073). Assim, se a coisa for vendida e transmitida pelo obrigado, sem ser oferecida ao titular para resgate, nascerá, exclusivamente, uma pretensão de inde-

nização do titular da preempção contra o obrigado (art. 1097). Se estiver, porém, inscrito o direito de preempção nos livros públicos... transformar-se-á, segundo a terminologia do C. C. G., em um "direito real"; quer dizer, o direito de preferência produz efeito *in rem*, contra qualquer adquirente da coisa, e o titular da preempção pode exigir a coisa do terceiro, mediante as obrigações fixadas no art. 1077, se ela foi vendida, sem lhe ter sido oferecida, para resgate. (Obr. cit., vol. 3.º, § 76, pág. 387).

Ehrenzweig também confronta a dupla eficácia — pessoal e real — do direito de preempção, assinando a orientação da Suprema Corte de Justiça acerca da natureza e dos efeitos desse direito, quando inscrito no registro imobiliário. Diz o Mestre de Viena:

"Como puro direito de crédito (art. 1073), não pode o direito de preempção ser exercido contra o sucessor singular do obrigado à preempção (ao qual éle alienára com inobservância de sua obrigação), mas o obrigado à preempção só responde por todos os danos resultantes da omitida oferta, que devia ter feito, então, ao titular (art. 1079). Nos bens imóveis, porém, pode o direito de preempção "transformar-se em um direito real pelo registro nos livros públicos" (§ 1073)...

Acha Krainz que o direito de preempção, a despeito da inscrição, permanece um direito pessoal; a inscrição dá somente uma ação pessoal contra o novo adquirente e seus sucessores. Declarou, ao contrário, a Corte Suprema de Justiça, no julgado n.º 58, que "o direito de preempção numa coisa imóvel, em si somente pessoal, transforma-

se, pela inscrição no livro público, num direito real, e, como tal, pode fazer-se valer contra qualquer terceiro possuidor da coisa; apresenta-se, pois, indubitavelmente, **como uma limitação do direito de disposição do proprietário**, no sentido de que este não pode alienar, arbitrariamente, a um terceiro a respectiva coisa, senão só quando o titular da preempção não fez uso da oferta para resgate, ou extinguiu-se o direito de preempção pelo decurso do prazo legal —, por isso, deve o juiz do registro imobiliário, na autorização do transporte da propriedade por meio do registro, tomar em consideração, **de ofício**, o direito de preempção registrado e recusar a autorização do transporte, se se não apresenta a prova do consentimento do titular da preempção e da oferta para resgate a ele feita". Se, não obstante, se realizar o transporte, p. ex., no caso de apresentação de uma declaração do consentimento falsificada ou disfarce da compra em um contrato de troca (negócio simulado), deve, pois, ser concedida ao titular da preempção uma ação de cancelamento contra o adquirente registrado. Assim o é, também, segundo o direito alemão (C. C. art. 1098). Gierke, págs. 803 e segs.". (Obr. cit., vol. 2.º, § 365, pág. 219).

O professor Schey, nas suas anotações ao Código Civil austríaco, explica, estribado em várias decisões judiciais, o efeito real do direito de preempção, decorrente da inscrição no registro, nesta síntese magnífica:

"Contra o direito de preempção registrado, não pode ser autorizada a inscrição de propriedade". (Entgegen dem verbuecherteten Vorkaufsrecht kann die

Eigentumseintragung nicht bewilligt werden" — Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch erlaeutet, 21.º, ed., 1926, pág. 576, nota 1 ao art. 1073).

O nosso legislador federal, com poderes, após a Constituição de 1934, para elaborar, também, o direito processual, que antes competia aos legisladores estaduais, não se limitou, muito justamente, seguindo a larga estrada indicada pelo direito civil de povos da mais alta cultura, a permitir, em leis substantivas e adjetivas, a execução específica ou em natureza das obrigações de fazer, que têm por objeto a emissão de declarações de vontade: foi além, ao criar, expressamente, em favor do titular (promissário ou compromissário) das promessas ou compromissos de compra e venda de imóveis em geral um **"direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior"**, desde que as escrituras sejam averbadas nas respectivas transcrições aquisitivas (arts. 5 e 22 do decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937 e do decreto n.º 3079, de 15 de setembro de 1938, e decreto n.º 4857, de 9 de novembro de 1939 (sobre registros públicos), arts. 178, n.º XIV, e 253, o qual manda inscrever no livro 4, para validade, quer entre as partes contratantes, quer em relação a terceiros, e com os mesmos requisitos da transcrição para a transferência da propriedade imóvel, em qualquer caso (art. 247), a **promessa de venda do imóvel não loteado**). (1)

Ora, entre as promessas de venda, está incluída, incontestavelmente, a convenção do direito de preferência.

No contrato unilateral de promessa de venda, na terminologia francesa, a que, também, pertence a expressão *avant contrat*, empregada por alguns autores, ou no pré-contrato (contrato preliminar), na terminologia alemã, a obrigação do promitente tem por

(1) Pouco depois de elaborado este parecer, a lei n.º 649, de 11 de março de 1949, deu solução definitiva ao assunto nos seguintes termos, que confirmam plenamente a opinião do autor:

fim a realização ou conclusão do contrato definitivo: a venda de uma determinada coisa ao promissário, se ele se resolver a compra-la.

Essa obrigação é unilateral e condicional, como unilateral e condicional é a obrigação do concedente da preempção de concluir com o preferente o contrato de venda, cujo preço será aquele por que ele vai vender a coisa a terceiro.

A obrigação de vender, no pacto de preempção, é subordinada a uma dupla condição: a) se o obrigado se decide a vender ou dar em pagamento a coisa, a que se refere a preempção; b) se o preferente delibera comprar a coisa, que vai ser vendida ou dada em pagamento a terceiro pelo obrigado.

Que a convenção de preferência é uma promessa de venda ou um pré-contrato (contrato preliminar) de venda, por cujas normas se rege, vou prová-lo com as palavras textuais de eminentes juristas alemães e franceses.

O insigne mestre Dernburg ensina que "a constituição do direito de preempção obrigatório realiza-se, em regra, por **convenção**. Ela forma um pré-con-

ART. 1.º — O art. 22 do Decreto-lei n.º 58 de 10 de dezembro de 1937 passa a ter esta redação:

"Os contratos, sem cláusulas de arrependimento, de compromisso de venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil.

ART. 2.º — Esta lei se aplica aos contratos referidos no artigo anterior, ainda em vias de execução compulsória, em qualquer instância. (V. "Direito", vol. LVIII, julho-agosto, 1949, págs. 106-107).

E, em sessão plenária de 19 de outubro de 1949, manteve o Supremo Tribunal Federal, pelos votos dos Ministros Macedo Ludolf, Hahnemann Guimarães, Lafaiete de Andrade, Edgar Costa e Orsimbo Nonato, o acórdão da segunda turma no recurso extraordinário n.º 11.290, de São Paulo, proclamando, em termos categóricos,

trato (contrato preliminar), sobre uma preempção (Die Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechts geschieht in der Regel durch Vereinbarung. Sie bildet einen Vorvertrage ueber einen Verkauf"). — obr. cit., vol. 2.º, 2.ª parte, § 196, pág. 119).

O notável comercialista L. Goldschmidt também vê na estipulação do direito de preempção um pré-contrato ou contrato preliminar, **pactum de contrahendo**, condicionado, de um lado, pela conclusão da venda, e, do outro, pelo "si volet" do titular. (Zeitschrift fuer das gesammte Handelsrecht, 1, 273).

Venham, agora, os escritores franceses:

Aubry e Rau:

"Le pacte de préférence, doit, en effet, être assimilé a une promesse unilatérale de vente et se régir par les mêmes règles (obr. cit., vol. 5, § 352, pág. 56, nota 5 bis).

Baudry-Lacantinérie e Saignat:

"La promesse unilatérale de vente se présentent quelquefois sous la forme de **pacte de préférence ou promesse de préférence**. C'est la convention par laquelle le promettant s'engage, pour le cas où il se déciderait à vendre une chose, à la vendre de préférence à telle personne déterminée si celle-ci offre un prix égal. Ce pacte constitue une promesse unilatérale de vente, et en produit les effets".

(Obr. cit., vol. 19, n.º 71, pág. 52).

a juridicidade da execução específica, por via judicial, da promessa de compra e venda de imóvel não loteado, desde que se ache inscrito, no registro competente, o respectivo contrato. (V. "Direito", vol. LXX, julho-agosto, 1951, pág. 209).

Larombière:

"Ce pacte (pacte de préférence) se résume toujours dans une **promesse de vente**, sous **condition suspensive**, soit **unilatérale**, soit **bilatérale**. Il doit donc **produire les mêmes effets**" (Obr. cit., vol. 1.^o, art. 1138, n.^o 16, pág. 454").

Laurent:

"Ces principes (relativos à promessa unilateral de venda) reçoivent leur application à la convention que l'on appelle **pacte de préférence**. C'est la clause par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage, pour le cas où il l'aliénerait, à la vendre de préférence à telle personne. Ce pacte n'est autre chose qu'une **promesse unilatérale de vente**, sauf que le promettant ne s'oblige à aliéner sa chose. C'est donc une promesse de vente conditionnelle". (Obr. cit., vol. 24, n.^o 17, pág. 23).

Guillouard:

"Mais cette promesse, (resultante do pacto de preferêcia) est purement **unilatérale**: l'acquéreur s'oblige conditionnellement, pour le cas où il voudrait revendre, à donner la préférence à son vendeur, mais celui-ci ne prend pas d'obligation de racheter. Or, lorsque nous traiterons des **promesses unilatérales de vente**, dans le chapitre suivant, nous soutiendrons, contrairement à l'opinion de M. Larombière, qu'elles ne transfèrent pas la propriété, ou, ce que revient au même, qu'elles ne la transfèrent qu'après que la partie à laquelle la promesse est faite a déclaré vouloir en profiter". (Obr. cit., vol. 1.^o, n.^o 60, pág. 74).

Colin e Capitant:

"Il y a une variété de promesse unilatérale de vente très répandue en fait. Ce sont les pactes ou promesses de préférence. Le propriétaire d'un immeuble promet à un tiers de lui réserver, s'il se décide jamais à le vendre, moyennant que celui-ci lui paiera un prix déterminé d'avance ou équivalent à celui que serait ultérieurement offert par un autre amateur". (Obr. cit., vol. 2.^o, n.^o 515, pag. 478).

Planiol, Ripert e Hamel:

C'est (o pacto de preferência) une promesse conditionnelle de vente (**Traité Pratique de Droit Civil Français**, vol. 10.^o, 1.^a parte, n.^o 184, pag. 198).

Josserand:

"Dans la pratique, la promesse de vente est ordinairement qualifiée d'option: elle ouvre, en effet, au créancier une option, puisqu'il peut, à son gré, utiliser ou non la promesse que lui a été faite. Parfois, l'option se complique d'une condition: il est stipulé que, si le propriétaire se décide à vendre, il devra en aviser le bénéficiaire de la promesse à qui il donnera la préférence à tout autre, à égalité de prix et de conditions; on dit alors qu'il y a droit de préemption, ou encore **pacte de préférence**". (Obr. cit., vol. 2.^o, n.^o 1071, pag. 562).

Assim, o pacto de preempção, como legítima promessa de venda, desde que tenha por objeto um imóvel, conste de escritura e se ache inscrito no registro imobiliário, confere ao titular da preferência um di-

reito real oponível ao terceiro adquirente, a fim de, em execução específica da obrigação de vender baseada na substituição da declaração de vontade do obrigado pela sentença judicial, de acordo com a nossa legislação já citada, poder exigir o imóvel gravado com a promessa e alienado pelo obrigado.

Era esta a situação do nosso direito positivo sobre as **promessas de venda em geral**, entre as quais figura a promessa de preferência, quando, em 18 de setembro de 1939, foi decretado o novo Código de Processo Civil Nacional.

Então, ao estabelecer esse Código, no art. 313 que, "alienada a coisa, terá o **preferente ação** para exigi-la do terceiro, que a houver adquirido, ou para reclamar a indenização correspondente", não fez mais do que cumprir o disposto no art. 75 do Código Civil de que "a todo direito corresponde uma ação que o assegura": deu ao titular da preferência a ação própria, para assegurar o direito real, que lhe conferia a lei substantiva, no caso de alienação a terceiro do imóvel onerado.

Portanto, se, no art. 1156, o Código Civil limitou a proteção do direito do preferente, lesado com a alienação do imóvel, que, unilateral e condicionalmente, se lhe prometera vender, a uma ação de indenização de perdas e danos contra o obrigado alienante, em falta com a sua promessa, por não haver dado àquêle ciência do preço e das vantagens oferecidas pelo terceiro adquirente, — não foi o art. 313 do Código de Processo Civil que o revogou (alargando-o, para admitir, em forma alternativa, assim a execução específica ou em natureza, como a reparação pecuniária): revogaram-no as normas de direito substantivo já referidas, que prescrevem a execução específica das promessas de venda de imóveis em geral e concedem aos promissários um direito real oponível a terceiros, se houver alienação ou oneração posterior.

Quero, porém, por amor à discussão, prefigurar a hipótese de que, entre a vigência do art. 1156 do Código Civil e a do art. 313 do Código de Processo Civil, não tivessem sido incorporadas aquelas normas à

nossa legislação substantiva. Teria, nêsse caso, o art. 313 do Código de Processo Civil revogado o art. 1156 do Código Civil?

Penso que sim. Trata-se de dois dispositivos legais emanados do mesmo poder, com atribuição constitucional para os elaborar a ambos, de sorte que o posterior, incompatível com o anterior, o revoga (art. 2.º, § 1.º do decreto-lei n.º 4657 de 4 de dezembro de 1942 — nova lei de introdução).

É comum conterem leis substantivas normas adjetivas, e leis adjetivas regras substantivas (é o que acontece no Código Civil e no Código de Processo Civil nacionais, bem como na legislação estrangeira), sem que, por isso, elas percam a sua natureza própria.

Daí o falar Francesco Carnelutti, ilustre teórico do direito processual italiano, de "norme materiale con efficacia strumentale" e de "norme strumentali con efficacia materiale". (*Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. 1.º, n.º 19, pág. 50).

Essa é a doutrina aceita pelo Supremo Tribunal Federal, tendo à frente os eminentes Ministros Castro Nunes, Orosimbo Nonato e Filadelfo Azevedo, no acórdão de 21 de dezembro de 1942 (v. *Revista Forense*, vol. 98, págs 351-357).

Do que acabo de expor em resposta ao 6.º quesito, resulta, logicamente, que considero inaceitável, por várias razões, a interpretação proposta pelo Dr. Machado Guimarães para o art. 313 do Código de Processo Civil, nos seus comentários a êsse Código publicados na coleção da *Revista Forense*, vol. IV, arts. 298 e 370.

Pensa o ilustrado comentador que, quando o Código de Processo Civil, no art. 313, dá ao preferente, depois de alienada a coisa, objeto da preempção, o direito de optar entre a ação para a exigir do terceiro, que a adquiriu do obrigado, e a ação para reclamar a indenização correspondente, emprega expressões ambíguas e reúne, inadequadamente, em um mesmo artigo preceitos referentes a dois institutos que se não confundem — o direito (pessoal) de preempção e o direito (real) de opção —, e conclui

que a primeira parte da alternativa — ação para exigir a coisa do terceiro adquirente — se destina aos três casos dos arts. 683, 684 e 632, do Código Civil, em que a faculdade de preferência decorre de um direito real.

Declara, ainda, o comentador que a sua interpretação:

a) se funda na epígrafe do título, que versa sobre dois assuntos diversos: o direito de preempção e o direito de opção;

b) decorre do confronto do art. 313 com a fonte de que promana, o art. 807 do Código de Processo Civil de São Paulo;

c) e se concilia, finalmente, com a intenção presumida do legislador, a quem se não deve atribuir o intuito de alterar, em uma lei processual, as disposições do Código Civil, a não ser que essa intenção se manifeste em termos claros e precisos (v. obr. cit., ns. 289, 307 e 308).

Devo observar, preliminarmente, que a preempção ou preferência pode ser convencional ou legal, conforme tem a sua causa geradora numa convenção das partes ou num dispositivo legal. Assim, os arts. 1149 a 1157 do Código Civil (exceto o art. 1150) tratam da preempção convencional, isto é, da preferência que se constitui por estipulação das partes em qualquer contrato; e os arts. 632, 683, 684 e 1139 do mesmo Código estatuem uma preferência legal, ou seja uma preferência que resulta, direta e exclusivamente, deles, e não da vontade dos interessados.

Por outro lado, o direito pessoal e o direito real de preferência não são institutos, mas apenas efeitos que o ordenamento jurídico pode atribuir, separadamente, a cada uma daquelas espécies de preferência, ou em conjunto a ambas.

Por ex., os Códigos austríaco e alemão dão à preempção convencional, como já o expus, além do efeito pessoal ou obrigatório, que lhe cabe normalmente, o efeito real, quando ela recaí sobre imóvel e é transcrita no registro imobiliário.

Por consequência, a preferência, nos casos dos arts. 632, 683, 684 e 1139 do Código Civil, não decorre,

própriamente, do direito real, senão do preceito de lei que **atribue** ao senhorio direto, ao enfiteuta, ao condômino o direito de preferência na compra, respectivamente, do domínio útil, do domínio direto, de parte ou de toda a coisa comum indivisível (ou tornada, pela divisão, imprópria ao seu destino, art. 632).

Daí o dizer-se, em terminologia jurídica universal, que, nesses casos, tem o titular uma preferência legal.

Passo, agora, a refutar os argumentos, em que o comentador estriba a sua interpretação do art. 313 do Código de Processo Civil.

Repousa o primeiro deles na epígrafe do título III: "Das ações de preempção ou preferência e do direito de opção" (aliás, não se cuida aí, como nota o comentador, de verdadeiras **ações**, destinadas a fazerem valer o direito de preempção ou preferência, senão de **notificações** requeridas pelos obrigados à preferência, ou pelos titulares dela, — v. obr. cit., n.º 286 e arts. 311 e 312 do Código de Processo Civil).

Julga o comentador que a primeira parte da epígrafe — "das ações de preempção ou preferência" — se refere ao processo das notificações dos titulares e dos obrigados nos casos de preempção convencional (art. 1149 e segs. do Código Civil) e que a segunda parte — "do direito de opção" — compreende os casos de preferência dos arts. 632, 683 e 684, do mesmo Código.

Creio que o argumento, longe de apoiar a interpretação do comentador, a infirma.

Antes de tudo, suponha-se, para se debater o problema, que a expressão — "do direito de opção" — está na epígrafe como sinônimo de preferência legal, ao lado das palavras — "das ações de preempção ou preferência" —, empregadas para indicarem a preferência convencional.

Então, a única conclusão lógica que se poderia tirar daí, não seria a do comentador, senão a de que, naquela hipótese, o art. 313, colocado sob uma epígrafe compreensiva das duas espécies de preferência — a convencional e a legal — e falando, geralmente, em **preferência**, sem nenhuma distinção restritiva, se

deveria aplicar, assim a uma como a outra daquelas espécies.

É, pois, fora de dúvida que a epígrafe do título, ainda com aquela errônea significação dada ao direito de opção, não autorizaria outra consequência.

Verdade é, porém, que tal significação empresta ao legislador processual de 1939 um erro palmar: em vez de empregar a expressão preferência legal (para a distinguir da preferência convencional designada, na epígrafe, somente com os vocábulos preempção ou preferência, como o faz o Código Civil), que é o termo técnico usado, na doutrina dos povos cultos, para indicar aqueles casos em que o direito de uma pessoa de adquirir uma coisa, preferencialmente a outro qualquer comprador, provém de uma disposição de lei, adota a expressão direito de opção, que significa, na linguagem comum e jurídica, segundo o proclama o próprio comentador, "escolha entre dois objetos, ou entre duas atividades" (n.º 289).

Certo é que o titular da preferência tem a opção entre exercer, ou não o seu direito, isto é, entre comprar ou não. Se êle, p. ex., declara não querer comprar, usa, inquestionavelmente, do direito de opção, mas renuncia ao direito de preferência.

Logo, o direito de opção não é a mesma coisa que o direito de preferência.

Aliás, conhecia o codificador processual o precedente do Código Civil, que, disciplinando a enfiteuse, empregou, no mesmo artigo, os vocábulos **opção** e **preferência** corretamente, cada um na sua acepção própria e técnica. É o que se lê no art. 683:

"O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio direto, para que êste exerça o **direito de opção** (isto é, para que o senhorio direto escolha entre comprar ou não o domínio útil, que vai ser vendido ou dado em pagamento a terceiro pelo enfiteuta); e o senhorio direto tem trinta dias para **declarar** por escrito, datado e assinado, que quer a **preferência** na alienação, pelo mesmo preço e nas mesmas condições" (quer dizer: se o senhorio **opta** pela compra, tem o prazo de trinta dias para exercer o direito

de preferência; exercício que se efetua com a **declaração** de querer usar o direito de compra do domínio útil, **preferencialmente** ao terceiro, a quem o enfiteuta vai vendê-lo ou dá-lo em pagamento).

Atribue, por conseguinte, o argumento do comentador ao Código de Processo Civil, redigido, presumivelmente, por cientistas e técnicos do direito, o emprêgo de uma expressão, não no sentido consagrado pelo uso comum e pelo uso jurídico (na doutrina e na legislação) no momento mesmo em que êle foi elaborado, senão noutro inteiramente diferente, para o qual, por sua vez, reservam aquêles usos um termo técnico tradicional.

E que isto aberrra de uma boa técnica de interpretação, ninguém pode duvidar!

Demais, se, com as palavras do título III — **do direito de opção** —, quiz o codificador processual exprimir o direito de preferência legal, como se explica que, sob êsse título, se não encontre nenhum dispositivo regulando o processo dessa preferência, ou aludindo sequer aos titulares dela — enfiteuta, senhorio direto, condômino?

Além de se referir nos arts. 311 e 312, exclusivamente, à preferência convencional, dispõe o Código, noutros lugares, sobre o processo de casos de preferência legal (arts. 410 e 706, §§ 1.º e 2.º).

No tocante ao art. 313, prevê êle, justamente, a circunstância em que, alienada a coisa sem se notificar o preferente (o titular da preempção convencional), se impossibilita êste de exercer o seu direito. Daí lhe conferir aquêle dispositivo o **direito de opção**: a faculdade de escolher entre a ação para exigir do terceiro adquirente a coisa alienada, e a ação de indenização de perdas e danos.

Dêsse modo se estabelece uma correspondência perfeita — lógica e técnica — entre o conteúdo do art. 313 e as palavras da epígrafe — direito de opção.

Esta, a verdadeira interpretação do que está dito na epígrafe do título III e no art. 313 do Código de Processo Civil.

Ensina o notável jurista alemão Josef Kohler, no seu original estudo sobre a interpretação das normas

jurídicas (Auslegung der Rechtsnormen), capítulo magistral do 1.º volume (parte geral) do seu **Tra-
tado de Direito Civil**, que interpretar é descobrir, a-
traz da expressão, sentido e significação: não sentido
e significação **do que alguém quer dizer**, senão sentido
e significação **do que está dito**.

Como, porém, o que está dito na lei pode encer-
rar dois ou mais pensamentos, deve o intérprete, en-
tre os pensamentos possíveis, escolher o que empre-
sta à lei um sentido mais racional e mais justo, um
efeito mais benéfico e uma construção mais lógica e
sistemática (V. **Lehrbuch des Buergerlichen Rechts**,
vol. 1.º, § 38, págs. 122-129).

A interpretação, que defendo, segue êsses novos
rumos da ciência e da técnica jurídica.

O reconhecimento de um efeito real à preemp-
ção ou preferência convencional, como uma das mo-
dalidades das promessas de venda, quando tenha por
objeto um imóvel e seja inscrita no registro imobi-
liário, para conhecimento dos terceiros, que possam
querer adquirir a coisa prometida, considera-se, ho-
je, nos sistemas jurídicos mais adiantados, um prin-
cípio, que a boa razão aconselha, uma justa prote-
ção aos que confiam na fé dos contratos, e u'a medi-
da salutar, exigida pelo comércio jurídico, para a se-
gurança e conseqüente incentivo das relações obri-
gacionais.

De tais sistemas jurídicos, passou o efeito real,
como já o examinei, para a mais recente legislação
brasileira, a que logo depois sucedeu o Código de Pro-
cesso Civil.

Reconhecer, pois, que o art. 313 desse Código se
aplica à preempção convencional é harmonizá-lo com
a legislação, que, pouco antes, o precedeu e que con-
cede ao titular das promessas de venda de imóveis
em geral um direito real oponível aos terceiros adqui-
rentes, e dar-lhe, conseqüentemente, uma construção
orgânicamente lógica e sistemática.

Refutado, nestas condições, o primeiro argumen-
to, **fundamento** da interpretação impugnada, passo
ao segundo: que ela decorre do confronto do art. 313

com a fonte, de que promana, o art. 807 do Código de Processo Civil de São Paulo.

Acho, ao revés, que esse confronto lhe não é favorável e denuncia, visivelmente, que o Código de Processo Civil nacional seguiu orientação diversa da do Código de Processo Civil de São Paulo.

Realmente, depois de prescrever, nos arts. 805 e 806, normas que correspondem às traçadas pelos arts. 311 e 312 do Código de Processo Civil nacional, dispunha o Código de Processo Civil de São Paulo, no art. 807, que o comentador aponta como fonte do tão discutido art. 313:

“Observar-se-á o processo dos artigos antecedentes nos casos dos arts. 683, 684 e 1139 do Código Civil e outros análogos. Quando, porém, a coisa já tiver sido alienada, terá o preferente ação sumária, para exigí-la do terceiro que a houver adquirido (Código Civil, arts. 685 e 1139, 2.º período), ou para haver a indenização (Código Civil, art. 1156).

Esse preceito, não o reproduz o Código de Processo Civil nacional no art. 313, que apenas reza:

“Alienada a coisa terá o preferente ação para exigí-la do terceiro, que a houver adquirido, ou para reclamar a indenização correspondente”.

Há, como se vê, entre os dois dispositivos, diferenças fundamentais, que conduzem os dois Códigos a sistemas opostos.

É o que vou mostrar.

Dispunha o Código de Processo de São Paulo, nos arts. 805 e 806, acerca do processo da preempção convencional, antes da alienação da coisa, e mandava na 1.ª parte do art. 807, aplicar esse processo aos casos de preferência legal dos arts. 683, 684 e 1139 do Código Civil e outros análogos.

O Código de Processo Civil nacional regula nos

arts 311 e 312, como o Código de Processo de São Paulo nos arts. 805 e 806, o processo da preferência convencional antes da alienação da coisa; mas, no art. 313, que só tem uma parte, não manda, absolutamente, observar, qual o faz o último Código na sua 1.^a parte, êsse processo nos casos de preferência legal.

Portanto:

a) A epígrafe do capítulo XXI do Código de Processo de São Paulo, sob a qual se enfileiram os arts. 805, 806 e 807, disciplinadores do processo das duas espécies de preferência — a convencional e a legal —, tinha em vista ambas.

b) A epígrafe do título III do livro IV do Código de Processo Civil nacional, que abrange os arts. 311, 312 e 313, reguladores, exclusivamente, do processo da preferência convencional, só a esta diz respeito.

Essa diferença fundamental entre os dois Códigos tinha, naturalmente, de produzir outra, que, em seguida, analiso.

Tendo o Código de Processo de São Paulo, nos arts. 805 e 806, traçado normas processuais relativas à preempção convencional e à legal (por força do disposto na 1.^a parte do art. 807), antes da alienação da coisa, e fixado, separadamente, na 2.^a parte do art. 807, as ações que, no caso de alienação dela, cabiam ao titular da preferência legal e ao da preferência convencional, deu ao primeiro, a que respeita a remissão aos arts. 685 e 1139, 2.^o período, do Código Civil, ação sumária, para exigir a coisa alienada do terceiro, que a tiver adquirido, e ao segundo, a que toca a remissão ao art. 1156 do mesmo Código, também aquela ação, para haver o ressarcimento dos prejuízos.

Aí, não havia direito de opção entre duas ações diversas concedidas a um mesmo titular, senão distribuição de duas ações diferentes entre dois titulares distintos — o preferente legal e o preferente convencional —, a fim de atribuir, separadamente, a cada um deles uma ação própria.

E, se não havia, na 2.^a parte do art. 807, a faculdade de escolher entre duas ações diferentes, a

2.^a parte da epígrafe — do direito de opção — só podia referir-se, embora com a perpetração de grave erro de técnica, à preferência legal, a que se aplicavam, nos termos da 1.^a parte daquele dispositivo, os arts. 805 e 806 subordinados à mesma epígrafe.

O Código de Processo Civil nacional, ao contrário, não tendo acolhido o sistema do Código paulista, que mandava observar, antes da alienação da coisa, aos casos de preferência legal, o processo da preferência convencional, para limitar a esta a sua disciplina, não podia, no art. 313, ao determinar os remédios judiciais de reparação ao direito de preempção lesado com a alienação da coisa, outorgar ação aos titulares da preferência legal, a que se não reporta a sua regulação, mas tão somente aos titulares da preferência convencional, a que se dirigem as suas prescrições.

Foi, com efeito, o que êle fez no art. 313.

Enquanto o Código paulista conferia, discriminada e especificadamente, ao preferente legal ação para reaver a coisa alienada, e ao preferente convencional ação de indenização de perdas e danos, concede, ao invés, o Código de Processo Civil nacional ao **preferente** (isto é, ao preferente convencional, à cuja disciplina se restringe), expressamente, o **direito de optar** entre aquelas duas ações.

Assim, a interpretação do comentador não decorre, de modo nenhum, segundo êle o pretende, do cotêjo entre os dois Códigos.

De feito, como é possível suprimir o direito de opção claramente expresso no art. 313, para, distribuindo as duas ações entre os dois titulares diferentes, atribuir uma delas — a que se destina a reaver a coisa alienada do terceiro adquirente — ao titular da preferência legal, a que se não referem os arts. 311 e 312, e nega-la ao titular da preferência convencional, a que se dirigem êsses dispositivos, sem que o próprio art. 313 o tivesse feito?

Vou mais além; se o Código de Processo Civil nacional tivesse estendido as regras dos arts. 311 e 312 à preferência legal, conforme o fez o Código paulista, o que se deveria, então, concluir do art. 313 seria a

existência de um direito de opção assim em favor do preferente convencional, como do preferente legal, desde que se não distribuira, expressa e discriminadamente, entre eles as duas ações, ficando cada um com uma ação determinada.

No que concerne ao terceiro argumento, respondi-o antecipadamente, quando demonstrei que, ao se decretar o Código de Processo Civil nacional, já estava revogado o art. 1158 do Código Civil por preceitos de lei substantiva a respeito das promessas de venda de imóveis em geral, entre as quais figura a convenção de preferência.

Dado, porém, que ainda o não estivesse, tê-lo-ia sido, realmente, pelo art. 313 daquele Código, que outorga, expressamente, ao titular da preferência convencional (ao falar em **preferente**, alude, evidentemente, ao titular da preempção pactuada pelas partes, única espécie regulada nos arts. 311 e 312, como já o disse) o direito de escolher, no caso de alienação da coisa, entre a ação para a exigir do terceiro adquirente e a ação para reclamar uma reparação pecuniária.

Conforme o dispositivo revogado, só à segunda ação podia recorrer aquele titular prejudicado pela alienação, de que, previamente, se lhe não deu ciência.

Ora, nesse caso, resultou a revogação, de acordo com o nosso direito positivo, da incompatibilidade existente entre a lei posterior (art. 313 do Código de Processo Civil) e a lei anterior (art. 1156 do Código Civil), ambas oriundas do mesmo poder, que, constitucionalmente, tinha a prerrogativa de decretar uma e outra (art. 2.º, § 1.º da nova lei de introdução).

Bem é de ver, pois, que não era essencial à revogação do art. 1156 do Código Civil, como o sustenta o comentador, que a ela aludisse, expressamente, o art. 313 do Código de Processo Civil.

Concluindo, respondo, assim, ao quesito:

Estando inscrito, como está, no registro de imóveis o pacto de preferência, podia o titular dela optar entre pleitear a nulidade da escritura de venda

em questão, para o fim de, em execução específica da obrigação constante daquele pacto, reaver do terceiro adquirente a coisa alienada, e reclamar indenização de perdas e danos, nos termos da legislação substantiva e adjetiva acima citada, que revogou o art. 1156 do Código Civil.

Sétimo Quesito

O prazo fixado no art. 1153 do Código Civil, para o exercício do direito de preempção ou preferência, é um prazo preclusivo, exclusivo, extintivo ou de caducidade, e não um prazo de prescrição, conforme ensina a melhor doutrina estrangeira, construída sobre a base de legislações, que, no concernente à matéria, muito influíram na elaboração do nosso Código Civil (v. Unger, *System des oesterreichischen allgemein Privatrechts* vol. 2.^o, § 104, págs. 275-277 e nota 78; Dernburg; obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, p. 126; Kober, obr. cit., vol. 2.^o, 1.^a parte, obs. II, 4 ao art. 510, pág. 784; Oertmann, *Recht der Schuldverhaeltnisse*, vol. 2.^o, obs. 2 ao art. 510, pág. 690; Planck's *Kommentar zum buergerlichen Gesetzbuch* vol. 2.^o, 2.^a parte, obs. 2 ao art. 510, pág. 769; Gierke, obr. cit., vol. 3.^o, § 195, págs. 504-505), e resulta do próprio conteúdo daquele dispositivo, onde se estabelece, expressamente, como consequência do não exercício do direito, no limite de tempo ali assinalado, a sua caducidade:

“O direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias e, se for imóvel, não se exercendo nos trinta dias subseqüentes àquêle em que o comprador tiver afrontado o devedor”.

Com efeito, não se deve confundir o prazo para

o exercício do direito de preempção, e o prazo de prescrição das ações decorrentes desse exercício, ou das que se destinam à anulação dos atos do obrigado, que violaram aquele direito, e à plena reintegração dele.

Enquanto não surge um dos modos de ocorrência da preempção (v. resposta ao 2.º quesito), que impõem ao obrigado a oferta da coisa ao preferente (art. 1149 do Cód Civ.), e, em consequência, se não exerce o direito, não encerra este uma verdadeira pretensão (a *Anspruch* dos alemães), permitindo exigir um fato ou uma omissão: contém apenas uma faculdade de exercício (*Ausuebungsfugnis*), quer dizer, a faculdade que tem o titular de, em face da oferta da coisa, ou do conhecimento de que o obrigado vai vendê-la, optar pela preferência, **DECLARANDO** a este que a exerce.

Nasce essa faculdade com a constituição ou concessão do direito de preferência, possibilita-se-lhe o exercício com a realização de um dos modos de ocorrência da preempção, e exerce-se, efetivamente, pela declaração de vontade do titular (v. Dernburg, obr. cit., vol. 2.º, 2.ª parte, § 195, pág. 119).

Explicam muitos escritores esse fenômeno de um direito de preferência (antes do exercício) sem pretensão pela construção dos direitos de formação (*Gestaltungsrechte* — expressão de Seckel), ou direitos de resgate (*Einloesungsrechte*), ou direitos de poder jurídico (*Rechte rechtlichen Koennens* — expressão de Zitelmann).

“Trata-se de direitos, escreve Oertmann, que conferem qualquer “poder sobre um efeito jurídico” (Zitelmann), cujo “conteúdo é o poder para a formação de concreta relação jurídica pelo negócio jurídico unilateral” (Seckel). Eles são satisfeitos pelo próprio ato e não pelo desenvolvimento de poder do titular sobre a vontade alheia: não se contém nêles uma pretensão (*Buergerliches Gezetzbuch* — *Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., obs. prel. ao art. 194, pág. 712).

Observa Gierke que “a preempção em geral não é um contrato de compra, mas uma declaração unilateral formadora de direitos, que, em virtude de au-

torização contratual ou legal, cria uma relação de compra". (Obr. cit., vol. 3.^o, § 195, págs. 506-507).

Realiza-se, pois, o exercício do direito de preempção por uma declaração unilateral do titular dirigida ao obrigado.

É o que determina, expressamente, na sua técnica magnífica, o Código Civil alemão:

ART. 505. O exercício do direito de preempção efetua-se por declaração ao obrigado (Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten).

Essa declaração é unilateral e deve ser recebida pela parte contrária (Einseitige und empfangsbedürftige Erklärung — V. Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, art. 505, pág. 685; Kober, obr. cit., vol. 2.^o, 1.^a parte, art. 505, pág. 778; Crome, obr. cit., vol. 2.^o, § 228, pág. 498 e nota 40; Gierke, obr. cit., vol. 3.^a, § 195, pág. 505).

Segundo o Código Civil alemão, não se exige, para a declaração do exercício do direito de preferência, a forma determinada para o contrato de compra (art. 505, 1.^a al. 2.^a parte).

Pelo nosso Código Civil, também é a declaração do titular o modo de exercício do direito de preempção, como se conclui dos seguintes dispositivos:

ART. 683. O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio direto, para que este exerça o direito de opção; e o senhorio direto tem trinta dias para declarar por escrito, datado e assinado, que quer a **PREFERÊNCIA** na alienação, pelo mesmo preço e nas mesmas condições.

ART. 1151. O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando-o ao comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa.

Estabelece o Código de Processo Civil, no art. 312, que a declaração do exercício do direito de preferência, no caso do art. 1151 do Código Civil, se faz por meio de notificação judicial ao obrigado alienante.

Exercida a faculdade, resultante da constituição do direito de preferência, pela declaração unilateral

do titular, torna-se êsse direito definitivo, tendo por conteúdo uma pretensão atual.

Assim, após o exercício do direito de preempção:

a) Tem o titular, no sistema alemão, a pretensão à entrega da coisa submetida à preferência e à transmissão da propriedade, a que corresponde a obrigação de pagar o preço e receber a coisa (v. Dernburg, obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 197, pág. 124).

b) Cabe ao titular, no sistema brasileiro, a pretensão à realização da venda, isto é, o direito de exigir do obrigado que emita a respectiva declaração de vontade e de, no caso de recusa, mover-lhe ação, para que o faça, substituindo a sentença condenatória o consentimento do condenado, como está largamente explicado na resposta ao 6.^o quesito, a propósito da execução específica das obrigações de fazer, que consistem em emissão de declarações de vontade.

A diferença do conteúdo da pretensão, nos dois sistemas jurídicos, resulta de terem êles seguido rumos distintos no que tange à conclusão da compra como consequência do exercício do direito de preferência.

No sistema alemão, com o exercício do direito pela declaração do titular ao obrigado, firma-se a compra entre êles em idênticas condições da convenção entre o obrigado e o terceiro, gerando-se as mesmas consequências jurídico-contratuais, sem necessidade da conclusão de um novo contrato.

Substitue-se o consentimento do obrigado pela própria prescrição da lei, e não pela sentença condenatória passada em julgado, como acontece no sistema brasileiro e preceitua em geral o art. 894 do Código de P. Civil alemão para a execução das condenações à emissão de declarações de vontade (Código Civil alemão, art. 505, al. 2.^a: "Com o exercício do direito de preempção efetua-se a compra entre o titular e o obrigado, conforme as disposições que o obrigado convencionou com o terceiro". — (Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat". (V. Dernburg,

obr cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 196, págs. 123-124; Oertmann, *Recht der Schuldverhaeltnisse*, § 505, 2, pág. 685; Crome, obr. cit., vol. 2.^o, § 228, 5, págs. 498-499; Gierke, obr. cit., vol. 3.^o, § 195, pág. 505).

Por isso é que, no sistema alemão, a pretensão do titular se dirige logo à entrega do imóvel e à realização do contrato real, necessário à inscrição no registro fundiário e à conseqüente transferência da propriedade; ao passo que, no sistema brasileiro, visa a pretensão dêle à exigência da própria formação da compra pelo consentimento do obrigado, ou, na sua falta, pela sentença, que servirá de título à transcrição no registro imobiliário e à consecutiva transmissão do domínio.

O sistema adotado pelo nosso Código Civil é o que, como o reconhece Dernburg, está de acôrdo com os princípios gerais, mas envolve um rodeio muito impróprio (*ein hoechst zweckwidrig Umweg*). Então, por motivos práticos, criou o Código Civil alemão o sistema da substituição do consentimento do obrigado pelo próprio preceito legal (v. Dernburg, obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 196, págs. 123-124).

Pelo exposto, fica, nitidamente, traçada a distinção entre o simples exercício da faculdade de preempção, que se realiza pela declaração unilateral do titular dirigida ao obrigado, e as conseqüências jurídicas que se originam dêle, ou sejam as pretensões que passam a formar o conteúdo do direito após o seu exercício.

Isto se manifesta, claramente, na questão da cessibilidade e transmissibilidade por herança do direito de preferência.

Estatui o Código Civil alemão, no art. 514, que êsse direito não é cessível e não passa aos herdeiros do titular, desde que se não tenha determinado de outro modo. (*Das Vorkaufsrecht ist nicht uebertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten ueber, sofern nicht ein anderes bestimmt ist*).

Acompanhando o Código Civil alemão, dispõe o Código Civil brasileiro, no art. 1157, que "o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros".

Pois bem: êsse caráter personalíssimo do direito de preempção, que se propõe a servir à pessoa do titular e dela se não pode separar (eine hoechst personliche Befugnis), só existe enquanto êle se conserva uma simples faculdade de exercício, correspondente à promessa unilateral e condicional do obrigado.

Exercido, porém, o direito de preferência, nasce uma pretensão atual de compra ou à compra, isto é, um direito resultante da compra já efetuada, de acordo com o sistema alemão, um direito à realização da compra, conforme o sistema pátrio, — direito que se pode ceder e transmitir aos herdeiros, na licitação unânime dos juristas alemães (Dernburg, obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, § 196, pág. 120 e nota 4; Crome, obr. cit., vol. 2.^o, pág. 498 e nota 43; **Planck's Kommentar**, vol. 2.^o, 2.^a parte, art. 514, págs. 770-771; Oertmann, **Recht der Schuldverhältnisse**, 2.^o vol., art. 514, obs. 3. pág. 692; Kober, obr. cit., vol. 2.^o, 1.^a parte, art. 514, obs. 5, pág. 785; Schollmeyer, obr. cit., pág. 44).

Efetuada o exercício do direito de preferência pela declaração unilateral do titular, não se pode mais falar em prazo preclusivo ou extintivo, e as pretensões que provêm dêle se submetem aos prazos de prescrição (v. Kober, obr. cit., vol. 2.^o, 1.^a parte, art. 510, pág. 784; Oertmann, **Recht der Schuldverhältnisse**, 2.^o vol., art. 510, 3., pág. 690; Schollmeyer, obr. cit., pág. 44).

Como se vê, os prazos do art. 510 do Código Civil alemão e do art. 1153 do Código Civil brasileiro destinam-se, exclusivamente, ao exercício normal da faculdade de preferência e nada têm que ver com as pretensões resultantes dêsse exercício, ou com as ações que visam a anular os atos praticados pelo obrigado, em conluio com terceiros, para prejudicar o titular.

Além disto, impõe-se assinalar, como o fazem os mestres alemães, que, se o obrigado não comunica ao titular a venda da coisa, o exercício mesmo do direito de preferência se não exclue pelo decurso do prazo: torna-se ilimitado no tempo (Planck, obr. cit.,

vol. 2.º, 2.ª parte, art. 510, obs. 2.ª), pág. 769; Dernburg, obr. cit., vol. 2.º, 2.ª parte, § 196, pág. 123; Gierke, obr. cit., vol. 3.º, § 195, pág. 506, nota 92; Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, vol. 2.º, art. 510, obs. 1.ª g e 3, pág. 690; Kober, obr. cit., vol. 2.º, 1.ª parte, art. 510, obs. I 3, pág. 783).

A comunicação (Mitteilung) do art. 510 do Código Civil alemão corresponde à oferta do art. 1149 do nosso Código Civil, a partir de cuja recepção começa a correr o prazo de caducidade do direito de preferência (art. 1153).

No caso da consulta, afirma o titular que os atos do obrigado, que violaram o seu direito de preferência e lhe impossibilitaram o exercício, são os seguintes:

a) Oferta do imóvel com a estipulação do prazo de 3 dias, para o exercício do direito, quando o prazo legal é de 30 dias.

b) Venda do imóvel a terceiro antes do decurso do prazo legal.

c) Simulação do preço da compra para impedir o exercício do direito de preferência pelo preço real.

Ora, esses atos, na realidade, se equiparam à ausência de oferta por parte do obrigado. Pois oferecer o imóvel por um preço simulado, quando a preferência se baseia em "tanto por tanto" (art. 1149 do Código Civil), e oferecê-la ao titular e vendê-la ao terceiro, antes de terminar o prazo legal do exercício do direito (aceitação da oferta), são a mesmíssima coisa que não oferecer.

E, se não há oferta, também não há prazo exclusivo ou extintivo, que só começaria a correr a contar dela.

Pode-se dizer, com Dernburg, que, "se se não efetua a comunicação, é o exercício do direito de preferência **ilimitado no tempo**, desde que não termine, por outros motivos, p. ex., pela morte do titular.

Não se submete êle a uma prescrição, porque o direito de preferência, a saber, o direito de entrada na venda, não constitui imediatamente uma "pretensão". (Anspruch), no sentido do art. 194, al. 1. (Obr. cit., vol. 2.º, 2.ª parte, § 196, pág. 123. V. também,

no mesmo sentido: Planck, obr. cit., vol. 2.^o, 2.^a parte, art. 510, obs. 2.^a) pág. 769; Schollmeyer, obr. cit., pág. 44: "se o obrigado omitir a comunicação, não será ligado o exercício do direito de preempção a nenhum prazo. Também não está exposto a prescrição, porque não constitui pretensão").

Isto indica que o direito de preferência, no caso em aprêço, não foi excluído ou extinto pelo decurso do prazo legal: o seu exercício, em virtude da falta de oferta real do obrigado, tornou-se **ilimitado no tempo**. Ele também não está subordinado a prescrição, porque ainda não constitui pretensão (**Anspruch**).

Como, porém, os atos do obrigado, culminados com a alienação do imóvel a terceiro, violaram o direito de preferência e lhe impossibilitaram o exercício por declaração do titular ao obrigado, podia aquele mover ação contra este e o terceiro adquirente, para anular tais atos e reintegrar o direito violado na sua plena faculdade de exercício.

A ação proposta, portanto, removerá a impossibilidade criada pelo obrigado e ensejará o exercício do direito com todas as suas consequências jurídicas, inclusive a execução específica da obrigação de vender e a reivindicação do imóvel alienado.

Em conclusão:

- a) O prazo preclusivo, exclusivo ou extintivo de 30 dias, fixado no art. 1153, é o prazo do exercício normal do direito de preferência mediante declaração unilateral do titular dirigida ao obrigado.
- b) O exercício do direito de preferência, em virtude dos atos atribuídos ao obrigado, tornou-se ilimitado no tempo e não está subordinado a prescrição.
- c) As pretensões, que decorrem do exercício do direito de preferência, não se submetem ao prazo de caducidade de 30 dias, senão aos prazos de prescrição, regulados nos arts. 177 e 178 do Código Civil.
- d) A ação proposta, destinada a anular os atos do obrigado em colaboração com o terceiro, os quais violaram o direito de preferência e lhe impossibilitaram

o exercício, e a reintegrar o direito violado na plenitude de seus efeitos, não está, absolutamente, sujeita ao prazo preclusivo do art. 1153 do Código Civil.

Fica, dêsse modo, respondido negativamente o 7.º quesito.

Oitavo Quesito

A simulação, dirigida a fraudar o direito de preempção, impossibilitando-lhe o exercício, pode consistir tanto na falsa indicação do preço de venda a terceiro, elevado exageradamente, a fim de forçar o titular a desistir da preferência, como no disfarce da forma de alienação, substituindo-se o negócio real de venda ou de dação em pagamento por outro qualquer, p. ex., troca ou doação, que não constitua modo de ocorrência ou pressuposto do exercício do direito.

Dessas duas formas de negócio simulado, a primeira é a mais simples e a mais fácil de execução, a mais provável de escapar às malhas da anulação, e, por isso mesmo, a mais freqüente na prática dos espertos manipuladores do dolo e da fraude.

Quanto à segunda forma, embora menos freqüente, é, também, usada: Ehrenzweig, ilustre professor austríaco, em trecho que transcrevi, traduzido no vernáculo, na resposta ao 6.º quesito, acêrca do efeito real do direito de preempção, alude, como exemplo, a essa forma de negócio simulado, para admitir que, realizando-se a transferência da propriedade fundada nela — disfarce de compra num contrato de permuta — cabe ao titular da preferência a ação de cancelamento dessa transferência contra o ad-

quirente inscrito ("Erfolgt die Uebertragung gleichwohl z. B. bei Vorlage einer gefälschten Zustimmungserklärung oder **Verkleidung des Kaufes in einen Tauschvertrag (Scheingeschaeft)**, so muss also dem Vorkaufsberechtigten die Loeschungsklage gegen den eingetragenen Erwerber offen stehen". (Obr. cit., vol. 2.º, § 365, pág. 219).

A simulação do preço declarado nas comunicações e na escritura de compra e venda, para prejudicar o titular da preempção, obstando-lhe de exercer, imediatamente, o seu direito naquelas condições, em que teria de pagar um preço fictício, fantástico, incomparavelmente superior ao preço real do negócio entre os obrigados e o terceiro (no tocante ao pacto de preferência) Antonio de Souza Soares, como o informa a consulta, constitui um caso de simulação fraudulenta contra os titulares da preferência, M. Campos & Cia Ltda. (terceiros em relação ao negócio simulado), — ato anulável, nos termos dos arts. 102, II, 103 e 147, II, do Código Civil.

A prova da simulação fraudulenta é uma questão de fato, a ser apreciada pelo juiz da causa; devo, todavia, adiantar que, tratando-se de um vício de natureza especial, sempre preparado com a preocupação e o cuidado de fugir à sanção legal, que é a anulação do ato jurídico por êle inquinado, pode aquela prova ser feita por conjecturas, indícios e presunções.

É esta a tradição do nosso direito manifestada em doutrina e jurisprudência pacíficas (v. Coelho da Rocha, **Instituições de Direito Civil**, § 101; Melo Freire, **Inst. Jur. Civ. Lusit.** L1, Tit. 8, § 9; Martinho Garcez, **Nulidade dos Atos Jurídicos**, 2.ª ed., vol. 1.º, n.º 185, págs. 250-251; Tito Fulgêncio, **Jurisprudência Hipotecária**, notas 314, 317, 352 e 450).

Nestas condições, pressupondo provada a simulação fraudulenta do preço declarado nas comunicações e na escritura de compra e venda, respondo afirmativamente ao quesito.

Nono Quesito

De acôrdo com a motivação e as conclusões das respostas aos quesitos anteriores, penso que não há outra alternativa para a decisão da causa, senão a indicada no quesito.

É êste o meu parecer.

Recife, 16 de outubro de 1948.