

Universidade do Minho
Escola de Direito

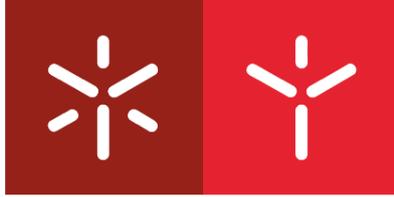
Mariana Queirós Almeida

O Direito de Preferência do Arrendatário

Mariana Queirós Almeida **O Direito de Preferência do Arrendatário**

Uminho | 2018

Abril 2018



Universidade do Minho

Escola de Direito

Mariana Queirós Almeida

O Direito de Preferência do Arrendatário

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação do

Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

DECLARAÇÃO

Nome: Mariana Queirós Almeida

Endereço eletrónico: marianaqalmeida@hotmail.com

Telefone: 918323511

Número do Bilhete de Identidade: 14301159

Título dissertação: O Direito de Preferência do Arrendatário

Orientador: Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

Ano de conclusão: 2018

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/ ___/ _____

Assinatura: _____

*Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.*

*Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.*

*Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.*

Ricardo Reis, in "Odes"
Heterónimo de Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

A realização da presente dissertação de mestrado representa o culminar de uma etapa académica, sem a qual não poderia deixar de demonstrar a minha gratidão para com todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a sua concretização.

Ao Sr. Professor Doutor Fernando de Gravato Morais, meu orientador, que em muito contribuiu para a minha formação académica, pelo profissionalismo demonstrado, pela ajuda na definição da trajetória da presente dissertação e pela disponibilidade e sentido prático com que sempre me orientou.

Ao Escritório de Advogados onde realizei o meu estágio da Ordem dos Advogados em simultâneo com a frequência nas aulas do Mestrado e com a elaboração da presente dissertação, na pessoa do Dr. João Araújo, por todos os ensinamentos transmitidos, pela partilha do saber e pela compreensão e disponibilidade sempre prestadas.

À Sara e à Catarina, a quem expresseo o meu profundo agradecimento, pela amizade, pela disponibilidade e ajuda e por todos os momentos de estudo partilhados em conjunto.

Aos meus amigos, pela motivação e por nunca se terem ausentado nos meus momentos de reclusão.

Ao José Carlos Campos, pela compreensão, pelo permanente incentivo e inestimável apoio ao longo da elaboração da dissertação e por nunca me ter deixado desanimar.

À minha família, que sempre acreditou em mim, especialmente, aos meus pais, modelos de coragem a quem eu gostaria de dedicar a presente dissertação, por todo o apoio e sacrifício e pela oportunidade que me deram em poder frequentar o Mestrado.

A todos, o meu sincero e profundo agradecimento!

RESUMO

“O DIREITO DE PREFERÊNCIA DO ARRENDATÁRIO”

A presente Dissertação de Mestrado tem como principal foco o estudo do instituto do direito de preferência do arrendatário urbano e de todas as suas questões problemáticas para as quais a lei não apresenta resposta. Porquanto, apesar da sua franca aplicabilidade prática e da vasta jurisprudência acerca desta matéria, esta figura tem sido votada ao esquecimento pela generalidade da doutrina e ainda que abundem soluções jurisprudenciais, as mesmas não contribuem para a sua harmonização, o que origina insegurança e incerteza jurídica, tanto para o arrendatário como para o senhorio.

Assim, o escopo do presente estudo consiste em descortinar as questões mais controversas, expondo a multiplicidade de correntes doutrinárias e jurisprudenciais que versam sobre cada uma, procurando contribuir para a harmonização das respectivas soluções.

Na realidade, pese embora o direito de preferência tenha cariz excepcional, traduzindo-se como uma limitação à livre alienação de um bem e ao princípio da liberdade contratual, exige-se que se faça uma ponderação de interesses, na medida em que a concessão do direito legal de preferência ao arrendatário visa a promoção da estabilidade da habitação ao arrendatário habitacional e permite a aquisição da propriedade do local arrendado onde o arrendatário não habitacional centra a sua vida profissional.

Por isso, focaremos a nossa atenção nos aspetos relacionados com o arrendamento urbano, não obstante a maior parte das questões sejam transversais aos direitos de preferência em geral, tornando-se indispensável indagar do geral para o particular, procurando caracterizar os traços gerais do instituto da preferência, fazer uma retrospectiva histórica e legislativa do direito de preferência do arrendatário, determinar os pressupostos de constituição deste direito, esclarecer os aspetos fulcrais da comunicação para a preferência a cargo do senhorio e, bem assim, da declaração de preferência emitida pelo arrendatário e, finalmente, abordar as situações de violação da preferência e todas as questões que se colocam em torno da ação de preferência como meio de tutela deste direito.

ABSTRACT

“TENANT’S RIGHT OF PREFERENCE “

This Master’s Thesis is focused on the study of the urban tenant’s right of preference and all its problematic questions for which the law does not offer a clear response. Although this particular subject has a vast practical application and there is a lot of jurisprudence on it, this practice has been put aside for the most part of the doctrine and even though there is an abundance of jurisprudential solutions, those do not contribute to its harmonization which consequently generates juridical insecurity and uncertainty for both tenant and landlord.

Therefore, the scope of the present study involves displaying the most controversial questions, exposing the variety of doctrinarian and jurisprudential movements that address those questions, trying to find their contribution for the harmonization of the respective solutions.

In reality, although the right of preference has exceptional characteristics, being a limitation to the free alienation of items and to the principle of freedom of contract, it is important to make a balance of interests, in a way that the concession of the right of preference to the tenant will promote stability for the live-in tenant and will allow the non live-in tenant to acquire the property which is the centre of his professional life.

Accordingly, we will focus our attention in aspects related to urban tenancy contracts, even though most of the questions are transversal to the generality of the rights of preference, it is unthinkable not to investigate going from the general to the particular, trying to characterize the general traces of the practice of the right of preference, making an historical and legislative retrospective of the tenant’s right of preference, determine the preconditions of the constitution of that right, enlightening the most important aspects of the communication for the preference in charge of the landlord and the declaration of the preference declared by the tenant and, finally, touch on the situations of violation of the preference and all the questions about the action of the right of preference as a way of protecting that right.

ÍNDICE GERAL

Lista de abreviaturas e siglas	xv
Introdução	17

CAPÍTULO I

OS DIREITOS DE PREFERÊNCIA EM GERAL

1.1. Breve resenha histórica dos direitos de preferência	21
1.2. Noção e contornos do direito de preferência	23
1.3. Tipologia dos direitos de preferência	24
1.3.1. Os direitos convencionais de preferência	24
1.3.2. Os direitos legais de preferência	25
1.4. Natureza jurídica do direito de preferência	27

CAPÍTULO II

A PREFERÊNCIA NO ARRENDAMENTO URBANO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

2.1. Breves considerações sobre o arrendamento urbano.....	31
2.2. O direito de preferência do arrendatário urbano no período anterior ao Código Civil de 1966	33
2.3. O direito de preferência do arrendatário urbano na vigência do Código Civil de 1966	34
2.4. O direito de preferência do arrendatário urbano no RAU	35
2.5. O direito de preferência do arrendatário urbano com a entrada em vigor do NRAU...	37
2.5.1. Regime transitório.....	40

CAPÍTULO III

O DIREITO DE PREFERÊNCIA DO ARRENDATÁRIO URBANO

SECÇÃO I – Da constituição do direito de preferência do arrendatário

3.1. Elementos constitutivos do direito de preferência do arrendatário	42
3.1.1. Contrato de arrendamento celebrado há mais de três anos	43
3.1.2. Negócio jurídico: compra e venda ou dação em cumprimento.....	44
3.1.3. O local arrendado	46

SECÇÃO II – Da comunicação para a preferência

3.2. Da comunicação para a preferência.....	52
3.2.1. Conteúdo da comunicação para preferência	52
3.2.1.1. A indicação do terceiro comprador	56
3.2.2. A comunicação para a preferência como proposta contratual: prós e contras ...	61
3.2.3. O autor da comunicação para a preferência	64
3.2.4. O destinatário da comunicação para a preferência.....	64
3.2.5. Forma da comunicação para a preferência.....	65
3.2.6. Consequências da falta da comunicação ou da comunicação irregular	66

SECÇÃO III – Da caducidade e da renúncia ao direito e da declaração de preferência

3.3. Da caducidade, da renúncia e da declaração de preferência	67
3.3.1. Possíveis condutas do preferente	67
3.3.2. Extinção do direito de preferência	67
3.3.2.1. Por caducidade	67
3.3.2.2. Por renúncia	69
3.3.3. Da declaração de preferência	72
3.3.3.1. Conteúdo da declaração de preferência	72
3.3.3.2. Prazo para a declaração de preferência	74

3.3.3.3. Forma da declaração de preferência	74
3.3.3.4. Efeitos da declaração de preferência	74
3.3.3.5. Natureza da declaração de preferência	77

SECÇÃO IV – Violação e tutela do direito de preferência do arrendatário

3.4. Violação da preferência do arrendatário com simulação do preço	78
3.5. Tutela do direito de preferência do arrendatário: a ação de preferência	80
3.5.1. Pressupostos do recurso à ação de preferência	81
3.5.2. Prazo de caducidade	83
3.5.3. Depósito do preço devido	85
3.5.3.1. Depósito do preço em caso de simulação	88
3.5.4. Legitimidade passiva	90
3.5.5. Efeitos da ação de preferência	93
3.5.6. Registo da ação de preferência	94
3.5.7. Natureza da ação de preferência	95
Conclusões	97
Bibliografia	105
Lista de Jurisprudência Consultada	110
Endereços Eletrónicos Consultados	114

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

al.	alínea
Ac.	Acórdão
art.º	artigo
arts.º	artigos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CCiv	Código Civil
CIMT	Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis
CPC	Código de Processo Civil
cit.	citada
DL	Decreto-Lei
IMT	Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis
n.º	número
ob.	obra
NRAU	Novo Regime do Arrendamento Urbano
p.	página
pp.	páginas
RAU	Regime do Arrendamento Urbano
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
s.l.	sem indicação de local
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
V.	Ver
V. g.	<i>Verbi gratia</i>
Vd.	<i>Vide</i>
vol.	Volume

INTRODUÇÃO

O direito de preferência do arrendatário é uma figura jurídica que, pese embora tenha raízes antigas e seja objeto de discussão por vários autores, assume especial relevo pelos inúmeros problemas de ordem prática para os quais a lei não prevê solução. Na verdade, o legislador nem sempre consegue acompanhar a complexidade da aplicabilidade prática dos institutos jurídicos. Nesta senda, pretende-se com a presente dissertação expor os aspetos mais polémicos do direito de preferência do arrendatário, compilando as várias posições doutrinárias e jurisprudenciais e pondo em confronto os diferentes entendimentos sobre a mesma questão de direito.

Ora, desde logo, coloca-se a questão de saber se a consagração legal de um direito de preferência não poderá dificultar a livre alienação de um bem, pondo em causa o princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do CCiv. Regra geral, cada um aliena a quem quer e como quiser, podendo escolher livremente o contraente. Sucede que, a preferência legal e, mais concretamente, o direito de preferência do arrendatário, poderá limitar a liberdade contratual do vendedor/senhorio e colocar em crise o princípio da livre disposição do bem que lhe pertence, estipulado no art.º 1305.º do CCiv. De facto, declarando o arrendatário que quer preferir, o senhorio terá necessariamente de alienar ao titular do direito de preferência e não, como quiçá gostaria, a qualquer outro interessado que seria um bom comprador. Embora não veja diminuído o quantitativo do preço e alteradas as condições contratuais em que pretenda alienar o bem objeto da preferência, o senhorio vinculado à preferência terá de vender àquele preferente com quem eventualmente nem simpatiza muito.

Paralelamente, há que considerar também que a preferência do arrendatário habitacional consagrada legalmente leva em linha de conta os interesses do arrendatário e a possibilidade deste poder vir a adquirir o local onde reside, o mesmo sucedendo para o arrendatário não habitacional, dando-lhe a possibilidade de adquirir a propriedade do estabelecimento onde concentra a sua vida profissional. Acresce que, questões específicas como a definição do local arrendado para efeitos de exercício do direito de preferência levam à adoção de múltiplas posições contraditórias entre si.

Sucede que, o cerne das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca deste instituto centram-se, desde logo, na incerteza sobre a natureza jurídica do direito de

preferência. Pelo que, esta incerteza sobre a qualificação deste instituto origina uma indefinição em relação ao respetivo regime jurídico, nomeadamente quanto à concretização do conteúdo da comunicação para a preferência, dos efeitos da declaração de preferência, das consequências da sua violação.

Ademais, o próprio mecanismo legal ao dispor do arrendatário para tutelar o direito de preferência de que é titular não é isento de posições controversas. Na realidade, o mesmo enfrenta querelas doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua natureza e quanto aos seus pressupostos e respetivos efeitos. Sendo certo que, surgem ainda problemas jurídicos associados às situações de violação da preferência por simulação do preço, que frequentemente ocorrem relacionadas à preferência no arrendamento.

Assim, encetaremos o nosso estudo com a análise e definição do instituto da preferência, focando a nossa atenção no seu surgimento e respetiva evolução histórica, procurando determinar o seu conceito e distingui-lo de outra figura jurídica afim que possa apresentar algumas semelhanças com este instituto, mas que não possa a ele ser reconduzidas. De seguida, comprometemo-nos a fazer uma distinção entre os dois tipos de direitos de preferência: os convencionais e os legais. Terminaremos a caracterização do instituto abordando ainda a natureza jurídica dos direitos de preferência, expondo as várias orientações defendidas pela doutrina.

Num segundo momento faremos uma breve abordagem à figura do arrendamento urbano e, seguidamente, será feita uma retrospectiva legislativa ao direito de preferência do arrendatário, desde os seus primórdios até às alterações introduzidas pelo legislador, em 2006, com a entrada em vigor do Novo Regime do Arrendamento Urbano.

De seguida, focaremos a nossa atenção no regime jurídico do direito de preferência do arrendatário, pondo a nu todos os seus aspetos e problemas, desde a sua constituição à sua violação e conseqüente tutela. Deste modo, começaremos por determinar exaustivamente os pressupostos de constituição deste direito, abordando todas as particularidades a estes inerentes.

Depois, veremos em detalhe a comunicação para a preferência, procurando determinar o seu conteúdo obrigatório, esclarecer a natureza deste dever, elucidar sobre por quem deve ser feita e a quem tem de ser feita, expor a forma que a mesma deve revestir, e analisar os seus efeitos e as respetivas consequências da sua falta ou irregularidade.

Seguidamente, serão identificadas e caracterizadas as possíveis condutas do preferente na sequência da realização da comunicação para a preferência. Ademais, será feito um estudo acerca das formas de extinção do direito de preferência do arrendatário: por caducidade ou por renúncia, recaindo, posteriormente, a nossa atenção sobre a declaração de preferência. Nesse sentido, debruçar-nos-emos em desmistificar os efeitos da declaração do preferente e em esclarecer qual o conteúdo obrigatório dessa declaração, assim como, o seu prazo, forma e respetiva qualificação jurídica, expondo, para o efeito, as divergências doutrinárias mais significativas.

Chegados até aqui, cumpre abordar as possíveis formas de violação de preferência e os correspondentes mecanismos legais ao dispor do preferente/arrendatário para tutela do direito de preferência de que é titular. Primeiramente, será necessário investigar especificamente a violação da preferência através da simulação do preço e, posteriormente, definir com clareza as medidas à disposição do preferente para reagir contra os incumprimentos e violações do seu direito. Nesse sentido, dedicaremos a parte final da presente dissertação ao estudo da ação de preferência, sendo objeto de análise atenta os pressupostos de recurso a tal ação judicial, o respetivo prazo de caducidade, o depósito do preço devido enquanto requisito essencial com a correspondente análise crítica da doutrina e da jurisprudência e os problemas na concretização do pressuposto processual da legitimidade passiva. Terminaremos esta parte com uma breve reflexão à necessidade do registo da ação de preferência e com o estudo sobre a natureza desta ação.

Ao longo da presente dissertação, iremos constatar que, não obstante a quantidade de vezes que este instituto é aplicado no nosso quotidiano jurídico, sendo o seu sentido e alcance tão controverso, nem assim se consegue obter uma corrente jurisprudencial consistente, capaz de garantir a confiança e segurança jurídica. Pelo que, o nosso esforço consistirá em identificar e detalhar os princípios que norteiam o direito de preferência do arrendatário e procurar fornecer algumas luzes no modo como os mesmos se articulam com a formulação de soluções concretas quanto a alguns problemas que são colocados.

CAPÍTULO I

OS DIREITOS DE PREFERÊNCIA EM GERAL

1.1. Breve resenha histórica dos direitos de preferência. 1.2. Noção e contornos do direito de preferência. 1.3. Tipologia do direito de preferência. 1.3.1. Os direitos convencionais de preferência. 1.3.2. Os direitos legais de preferência. 1.4. Natureza jurídica dos direitos de preferência.

1.1. Breve resenha histórica dos direitos de preferência

Hodiernamente existe uma quantidade abundante de direitos de preferência, em contraposição com aquela que existia no direito medieval.

No ordenamento jurídico português, os primeiros afloramentos deste instituto surgem no direito romano, embora com um sentido manifestamente diverso daquele que é concebido modernamente. Inicialmente, a preferência surgiu no contexto da enfiteuse, figura atualmente extinta, associada aos co-herdeiros aquando da aquisição dos bens comuns. Tal preferência era primordialmente destinada a impedir a alienação desses bens a terceiros, tendo em vista a sua continuidade no património da família, ou seja, a defesa do património hereditário contra a intromissão de estranhos. Era exercida mediante um preço previamente fixado, e não nas condições tanto por tanto. Posteriormente, esta obrigação estendeu-se a todos os comproprietários de prédios indivisos.¹

¹ V. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2006, pp. 38-39.

PINTO LOUREIRO defende que as raízes dos direitos de preferência remontam ao direito de avoenga conferido aos parentes mais próximos de proprietários de bens de raiz, adquiridos por via sucessória, na oneração ou alienação desses bens, e ao direito de opção atribuído ao senhorio na alienação do domínio útil².

O certo é que, nas Ordenações Filipinas o direito de avoenga foi definitivamente abolido da legislação portuguesa. E, em contrapartida, o direito de opção reconhecido ao senhorio na alienação do domínio útil, na modalidade de aquisição tanto por tanto e com a possibilidade de poder ser derogado por convenção das partes, acolhido pelas Ordenações Afonsinas, foi igualmente consagrado nas Ordenações Manuelinas³ e reproduzido nas Ordenações Filipinas.

Posteriormente, o Código Civil de Seabra, de 1867, consagrou vários direitos de preferência, tais como na alienação de coisas indivisíveis, designadamente na de domínio direto e útil⁴ e ainda relativamente a quinhões⁵. Leis posteriores e, bem assim, o atual Código Civil⁶, vieram aumentar exponencialmente a quantidade de direitos de preferência que, por sua vez, continuam a proliferar nas mais diversas áreas.

Foi também a partir do Código de Seabra que se alcançou uma harmonização terminológica do termo “direito de preferência”, pese embora ainda seja frequente o recurso aos substantivos “retrato” ou “tanteio”⁷ como sinónimos de preferência. Já os termos “direito de prelação” e “direito de preempção” são diversas vezes usados por autores e surgem associados a situações de preferência na compra e venda⁸.

² J. PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferência*, vol. I, Coimbra, 1944, pp. 13 e ss., *apud* AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 41.

³ As Ordenações Manuelinas mantiveram o regime jurídico do direito de opção estipulado nas Ordenações Afonsinas, tendo apenas acrescentado aspetos relativamente a prazos e às consequências da sua inobservância.

⁴ Os arts. 1678.º e 1703.º, do Código de Seabra, atribuíam ao foreiro e ao senhorio, respetivamente, preferência na venda ou dação em pagamento de domínio direto e de domínio útil, respetivamente.

⁵ Veja-se o art. 2195.º do Código de Seabra.

⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, doravante designado por CCiv.

⁷ Traduzindo a ideia de aquisição tanto por tanto.

⁸ Assim, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 388 – anotação ao artigo 414.º e CARLOS LACERDA BARATA, *Da Obrigação de Preferência – Contributo Para o Estudo do Artigo 416.º do Código Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 11.

1.2. Noção e contornos do direito de preferência

Contemporaneamente entende-se que o direito de preferência “(...) atribui ao respectivo titular prioridade ou primazia na celebração de determinado negócio jurídico, desde que ele manifeste vontade de o realizar nas mesmas condições (tanto por tanto) que foram acordadas entre o sujeito vinculado à preferência e um terceiro.”⁹ É um direito frequentemente associado aos negócios jurídicos onerosos, *maxime* a compra e venda ou a dação em cumprimento, pelo que, nesse sentido diz-se que o direito de preferência consiste na atribuição a uma pessoa da possibilidade de, em determinadas situações, adquirir uma coisa, com preterição de qualquer outro interessado, no caso de o seu proprietário a pretender transmitir a título oneroso e o preferente se dispuser a pagar a importância que um terceiro oferece.

A preferência tem de ser exercida em igualdade de condições com aquelas que foram acordadas entre o vinculado à preferência e o terceiro interessado. Apesar de tal não constar diretamente da letra da lei, já desde as Ordenações Afonsinas até ao Código de Seabra, as normas atributivas de direitos de preferência mencionavam que o exercício desses direitos devia ser feito “tanto por tanto”, ou seja, em paridade de condições estabelecidas com terceiro.

Como figura afim do direito de preferência, impondo traçar a sua distinção, destaca-se o contrato-promessa¹⁰. Em primeiro lugar, cumpre referir que, a preferência não obriga à realização de um contrato projetado, contrariamente ao que acontece com o contrato-promessa. Isto é, a preferência pressupõe uma decisão livre de contratar, por oposição ao contrato-promessa que retira ao promitente a liberdade de contratar.

Em segundo, o conteúdo do negócio jurídico prometido é, desde logo, definido no contrato-promessa, decidindo-se antes em que termos se contrata, sendo desnecessárias negociações complementares. Ao passo que, as condições contratuais do negócio preferível nunca resultam do próprio direito de preferência, são definidas com base no acordo entre o vinculado à preferência e o terceiro interessado.¹¹

⁹ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 189.

¹⁰ Nos termos do artigo 410.º, n.º1, do CCiv, o contrato-promessa é a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato.

¹¹ Para maiores desenvolvimentos *vd.* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 164.

1.3. Tipologia dos direitos de preferência

São possíveis diversas classificações dos direitos de preferência, no entanto, focar-nos-emos na que tem particular importância para a presente dissertação: a que os ordena segundo a respetiva origem. Destarte, o nosso ordenamento jurídico prevê dois tipos de direitos de preferência, os legais e os convencionais. Tal como a própria nomenclatura indica, os primeiros decorrem da lei e os segundos são constituídos por convenção, conforme melhor abordaremos infra.

1.3.1. Os direitos convencionais de preferência

A fonte dos direitos convencionais de preferência é o negócio jurídico, criado pelos sujeitos jurídicos no exercício da sua autonomia privada: o contrato (designado pacto de preferência, na linguagem legal¹²) ou o testamento¹³.

O pacto de preferência é o contrato pelo qual alguém assume a obrigação de, em igualdade de condições, escolher determinada pessoa (a outra parte ou terceiro), como contraente, no caso de se decidir a celebrar certo negócio¹⁴. Do artigo 414.º do CCiv¹⁵ parece resultar que o pacto de preferência apenas pode ter por objeto o contrato de compra e venda, todavia, decorre do artigo 423.º que esta obrigação de preferência pode ser extensível a outros contratos que sejam compatíveis com a compra e venda¹⁶. Significa isto que, pode estabelecer-se um direito de preferência em relação a um contrato de arrendamento, de aluguer, de agência, de empreitada, de fornecimento, entre outros¹⁷.

¹² Artigos 414.º a 423.º do CCiv.

¹³ Artigo 2235.º do CCiv.

¹⁴ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 376.

¹⁵ Salvo indicação em sentido contrário, todas as disposições legais a que façamos referência sem indicação do diploma legal a que pertencem são do Código Civil.

¹⁶ GALVÃO TELLES, ob. cit., p. 161 e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, ob. cit., pp. 376 e 377, restringem como objeto possível da preferência pactícia qualquer contrato oneroso, em relação ao qual faça sentido dar-se preferência a determinada pessoa sobre outros eventuais contraentes. Já HÉLDER MARTINS LEITÃO, *Da Acção de Preferência*, 2.ª Edição, Porto, Ecla, 1994, pp. 12-13, e CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 12, nota (8), defendem a aplicabilidade destes pactos aos contratos gratuitos, nomeadamente, à doação.

¹⁷ V.g., os sócios de uma sociedade comercial anónima podem atribuir reciprocamente direitos de preferência na alienação das ações, mediante estipulação no contrato de sociedade, de acordo com o art. 328.º, n.º 2, al. b), do Código das Sociedades Comerciais.

Do ponto de vista formal, o pacto de preferência, regra-geral, é válido independentemente das formalidades escolhidas pelos contraentes, de acordo com o art. 219.º. Contudo, tem de constar de documento escrito se a lei exigir para o contrato a que se reporta documento autêntico ou particular (art. 410.º, n.º 2 *ex vi* do art. 415.º).

Destarte, caso o obrigado à preferência decida contratar deverá comunicar ao titular do direito de preferência o projeto de venda e as cláusulas do respetivo contrato, nos termos do art. 416.º, n.º 1.

Quanto à eficácia externa, os direitos convencionais de preferência não têm eficácia real, ou seja, têm eficácia meramente relativa, produzindo apenas efeitos *inter partes*, sendo meramente obrigacionais. Pelo que, se o vinculado à preferência não tiver cumprido a comunicação prevista no art. 416.º incorre em responsabilidade civil (arts. 798.º e ss.), ficando constituído na obrigação de indemnizar, por consequência do incumprimento do pacto de preferência, não dispondo o preferente de qualquer direito contra terceiro. Porém, o art. 421.º permite que as partes atribuam eficácia real aos direitos convencionais de preferência se, respeitando a bens imóveis ou a móveis sujeitos a registo, forem convencionados em escritura pública e inscritos nos respetivos sistemas de registo.

1.3.2. Os direitos legais de preferência

Os direitos de preferência de origem legal tiveram larga consagração no Código Civil e em legislação avulsa. São direitos *erga omnes*, isto é, têm eficácia real, uma vez que podem ser exercidos pelo seu titular através da ação de preferência quando o vinculado à preferência tenha contratado com terceiro e não tenha cumprido os seus deveres para com o preferente. Acresce que, devido à sua própria fonte têm eficácia contra terceiros, independentemente do registo.

Diferem dos direitos de preferência convencionais dotados de eficácia real, nos termos do art. 421.º, na medida em que o preferente pode desinteressar-se de determinada alienação e vir a preferir numa outra que ocorra posteriormente, uma vez que cada alienação origina um direito autónomo de preferência. Já o direito convencional de preferência dotado de eficácia real esgota-se com a primeira alienação, não podendo o preferente opor ao novo proprietário o seu direito. Com efeito, se o preferente não exercer o seu direito na primeira

alienação “(...) este extingue-se e não renascerá em relação a uma nova venda que o adquirente do imóvel venha a fazer ulteriormente.”¹⁸

São inúmeros os casos de direitos legais de preferência no Código Civil, por exemplo, o direito de preferência conferido aos proprietários de terrenos confinantes, de área inferior à unidade de cultura, nos casos de venda, dação em cumprimento ou aforamento de qualquer dos prédios a quem não seja proprietário confinante (art. 1380.º, n.º 1); o direito de preferência conferido aos comproprietários, no caso de venda ou dação em cumprimento, a estranhos da quota de qualquer dos seus consortes (art. 1409.º, n.º 1); o direito de preferência conferido ao proprietário do solo na alienação do direito de superfície (art.º 1535.º, n.º 1); o direito de preferência conferido ao proprietário do prédio onerado com servidão de passagem, no caso de venda, dação em cumprimento ou aforamento do prédio dominante (art.º 1535, n.º 1)¹⁹; o direito de preferência conferido aos co-herdeiros, quando seja vendido ou dado em cumprimento a estranhos um quinhão hereditário (art. 2130.º, n.º 1); o direito de preferência concedido ao senhorio no trespasse do estabelecimento (art. 1112.º, n.º 1); o direito conferido ao arrendatário urbano (art. 1091.º, n.º 1), que será objeto de estudo aprofundado nos capítulos subsequentes da presente dissertação.

Todavia, o elenco de direitos de preferência não se esgota no Código Civil, havendo outros direitos de preferência de fonte legal, nomeadamente, o direito de preferência do arrendatário rural, no caso de venda ou dação em cumprimento do prédio que seja objeto de arrendamento agrícola ou florestal, com, pelo menos, três anos de vigência do contrato, previsto no art. 31.º, n.º 2, do DL n.º 294/2009, de 13 de Outubro, entre outros.

A referência base do regime jurídico destes direitos é constituída pelo disposto nos artigos 1409.º e 1410.º, referentes à compropriedade e nos artigos 416.º a 418.º, relativos ao pacto de preferência²⁰.

¹⁸ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 197.

¹⁹ A lei limita a preferência às situações de servidão já constituída, *vd.*, para maiores desenvolvimentos, MENEZES CORDEIRO, “Servidões legais e direitos de preferência.” in *Coletânea de Jurisprudência*, Coimbra, Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, Tomo I, Ano XVII, 1992, pp. 64-80.

²⁰ Esta remissão feita pelas disposições que consagram os direitos de preferência também opera em relação aos direitos legais de preferência inseridos noutros institutos jurídicos, como é o caso do diploma que consagra o direito de preferência do arrendatário rural, que embora não contenha essa remissão, nada impede que também aí se apliquem as disposições legais referidas (v. g. Acórdão do STJ, de 02-03-199, RLJ 132-137, *apud* CARLOS LIMA, “Direitos Legais de Preferência”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV – Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, p. 499, nota de rodapé n.º 11).

1.4. Natureza jurídica do direito de preferência

A doutrina nacional não é unânime quanto à questão da natureza jurídica dos direitos de preferência. Pelo que, cumpre aludir as principais teses que surgiram em torno deste problema.

Parte da doutrina reconhece o direito de preferência como um *direito de crédito*²¹, mas apenas nos casos em que este tenha eficácia relativa ou meramente obrigacional. Esta teoria reconduz-se, essencialmente, a duas correntes diametralmente opostas. Por um lado, os que defendem que a obrigação do vinculado à preferência é a de contratar com o preferente (e não apenas dar prioridade a este), verificadas que estejam certas condições: quando o obrigado à preferência exprima, através da comunicação ao preferente, a intenção em realizar o contrato projetado e o preferente queira acompanhar as condições constantes da comunicação²². Nestes casos, o preferente tem direito a exigir do sujeito passivo a celebração do contrato projetado, tendo o vinculado à preferência a obrigação de contratar e não, como deveria ser, o dever de dar preferência/prioridade.

Por outro lado, não obstante ser em menor número, existem autores que defendem que a obrigação de dar preferência é uma obrigação de facto negativo (*non facere*). Segundo os quais, o preferente pode exigir do vinculado à preferência uma total abstenção, ou seja, o obrigado à preferência tem de se abster de celebrar com terceiro o contrato objeto da preferência, caso o preferente o queira fazer em igualdade de condições²³. Esta teoria não é isenta de críticas. Na verdade, a obrigação de dar preferência não deixa de ser uma prestação de facto positiva, sendo certo que a locução “preferência” exprime a ideia de prioridade, ao passo que, a abstenção do sujeito vinculado à preferência não cria qualquer situação de prioridade.

²¹ Os direitos de créditos são direitos a prestações, ou seja, direitos a uma conduta do devedor, diversamente dos direitos reais que são direitos sobre coisas. Neste sentido LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 93 e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, ob. cit., p. 19.

²² Perfilham este entendimento, entre outros, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 379 – anotação ao artigo 1410.º, que referem que o vinculado à preferência tem o dever de realizar o contrato com o preferente, se este, em resposta à sua comunicação, manifestar vontade de exercer o seu direito.

²³ Acolhendo esta tese, CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 153, refere que “*mais do que um interesse em contratar, o interesse do preferente traduz-se na não realização do contrato preferível com terceiro*”.

Deste modo, sufragamos o entendimento de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES²⁴, no sentido de que o titular do direito de preferência não pode exigir a celebração do contrato projetado ao obrigado à preferência, e muito menos pode exigir que este não contrate, na medida em que aquele só pode exercer o seu direito depois de este ter decidido livremente contratar ou não contratar. A posição do preferente só é juridicamente tutelada após o obrigado à preferência ter decidido contratar, por isso, só a partir desse momento é que o titular do direito de preferência tem a faculdade de, exercendo o seu direito, impedir que o vinculado à preferência contrate com terceiro. Aliás, se este último nunca quiser contratar, o preferente pode chegar a nunca exercer o seu direito de preferência. Assim, quando o sujeito vinculado à preferência decidir contratar, não goza de liberdade de escolha do outro contraente, tendo, necessariamente, de contratar com o titular do direito de preferência, se este o quiser fazer em condições tanto por tanto.²⁵ Porquanto, o preferente goza apenas de uma posição de prioridade sobre terceiros e, apenas, se se realizar o negócio preferível²⁶.

Há ainda quem atribua ao direito de preferência, quando exercido no contexto da ação de preferência, a categoria de *direito potestativo*²⁷. Nesta senda, o titular do direito de preferência que tem prioridade na celebração do contrato projetado, na eventualidade de ver o seu direito violado em virtude da alienação a terceiro, tem direito de se substituir a esse terceiro. Todavia, também este entendimento é alvo de críticas. De facto, coloca-se ao dispor do preferente um mecanismo que lhe permite a realização do seu interesse (que é o da celebração do contrato projetado com o vinculado à preferência) de forma muito mais eficaz que no momento anterior, onde somente dispõe da prioridade na eventual celebração desse contrato²⁸. Portanto, esta teoria parece fazer crer que o preferente tem um direito ao contrato. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES conclui que “(...) o direito de preferência deve ser qualificado como um direito potestativo constitutivo de um dever de contratar.”²⁹

²⁴ Para maiores desenvolvimentos cfr. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, Porto, Publicações Universidade Católica Portuguesa, 1999.

²⁵ Neste sentido, ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 13.

²⁶ Todavia, cumpre-nos acrescentar que nos parece evidente que, se a preferência tiver sido concedida para a venda de determinado bem, o sujeito vinculado à preferência pode onerá-lo, doá-lo, trocá-lo, sem ter que dar preferência ao titular desse direito.

²⁷ Por exemplo, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 395.

²⁸ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *A Natureza Jurídica... cit.*, p. 103.

²⁹ *Ibidem*, p. 386.

Ademais, a maioria da doutrina nacional qualifica o direito de preferência com um *direito real de aquisição*, quando se apresenta com eficácia real, em relação a terceiros. É esta, por exemplo, a posição de ANTÓNIO CARVALHO MARTINS³⁰, PEDRO ROMANO MARTINEZ³¹, AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES³², OLIVEIRA DE ASCENSÃO³³ e ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA³⁴. Ora, os direitos reais de aquisição consistem “(...) no poder de fazer valer contra quem quer que seja o direito à aquisição de um outro direito”³⁵, seja ele de gozo ou de garantia, não tendo necessariamente de ser real³⁶. E identificam-se pela modalidade de afetação jurídica da coisa corpórea sobre que recaem, sendo este critério de distinção destes direitos a principal razão de complexidade do seu regime, pelo que, o seu tratamento é extremamente variado de autor para autor. Neste sentido, OLIVEIRA DE ASCENSÃO³⁷ defende que se o direito recai numa coisa com o fim de aquisição dessa mesma coisa, então, nesse caso, estaremos perante os direitos de preferência. Esta é também a posição perfilhada pela jurisprudência maioritária³⁸.

Contra esta qualificação insurgiu-se HENRIQUE MESQUITA, considerando que apesar deste direito conferir ao seu titular, por via da sub-rogação ou substituição ao adquirente na posição que ocupa no contrato celebrado, a aquisição da coisa, não incide diretamente sobre

³⁰ ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, ob. cit., p. 21.

³¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 265.

³² Cfr. AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª Edição, Universidade Lusíada – Departamento de Direito, 1994, p. 229.

³³ Este autor, em J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. III – Direito do Arrendamento Urbano, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 271-273, rejeita considerar o direito de preferência, quanto à sua natureza jurídica, como um direito condicional, considerando-o um puro direito potestativo desde a formação do projeto de venda até à aceitação, e um direito de caráter patrimonial e inerente, na medida em que permite atingir a coisa onde quer que ela se encontre. Ademais, qualifica apenas o direito de preferência legal e o direito de preferência convencional com eficácia real como direitos reais de aquisição, vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, 5ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 574 e 575.

³⁴ Vd. ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA, *Direitos Reais – Segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 138-141.

³⁵ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 288.

³⁶ V. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 3ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 1999, p. 157, e RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 1ª Edição, Lisboa, Principia, 2002, p. 255.

³⁷ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...* cit., 2000, pp. 189 e 189.

³⁸ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-04-2014, Processo 363/04.9TBAMT.P2.S1, relator Hélder Roque, disponível para consulta em www.dgsi.pt, e o Acórdão da Relação de Lisboa, de 17 de Novembro de 2005, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Tomo V, Ano XXX, 2005, p. 104.

esta, mas sim sobre um contrato³⁹. Assim, embora com a execução específica o preferente adquira o direito real sobre cuja aquisição tinha prioridade, essa aquisição decorre do contrato e não do exercício do direito de execução específica⁴⁰.

Face ao exposto, a posição adotada por AGOSTINHO GUEDES, relativamente à qualificação da natureza jurídica do direito de preferência, não é suportada por nenhum dos entendimentos supra expostos. O autor considera que o direito de preferência só nasce com a verificação dos seus respetivos pressupostos, e que, uma vez verificados, atribui ao preferente um direito potestativo constitutivo, o qual, exercido regular e tempestivamente, cria no sujeito passivo o dever de realizar com o preferente o contrato projetado⁴¹.

Por último, CARLOS LIMA sugere várias interrogações sobre a natureza jurídica do direito de preferência, nomeadamente se o direito do preferente que se constitui com a situação de facto inicial terá o mesmo conteúdo e natureza que o direito que o preferente efetivar na competente ação. No seu ponto de vista, na sua configuração de partida, os direitos legais de preferência não são propriamente direitos, são poderes – e deveres jurídicos na perspetiva passiva –. Nas palavras deste autor, estes poderes/deveres jurídicos podem permanecer adormecidos, por longos períodos de tempo, porque a sua funcionalidade jurídica e prática supõe que sejam ativados por determinados factos concretos, como a existência de um projeto de venda a terceiro e respetiva comunicação ao titular do direito de preferência⁴². Este autor rejeita a qualificação do direito de preferência com direito real de aquisição⁴³.

³⁹ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., pp. 227-229.

⁴⁰ *Idem*, pp. 242 e 243.

⁴¹ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *A Natureza Jurídica...* cit., p. 348.

⁴² CARLOS LIMA, ob. cit., pp. 499 e 500.

⁴³ *Ibidem*, p. 514 e nota de rodapé n.º 41.

CAPÍTULO II

A PREFERÊNCIA NO ARRENDAMENTO URBANO: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

- 2.1. Breves considerações sobre o arrendamento urbano.**
- 2.2. O direito de preferência do arrendatário urbano no período anterior ao Código Civil de 1966.**
- 2.3. O direito de preferência do arrendatário urbano na vigência do Código Civil de 1966.**
- 2.4. O direito de preferência do arrendatário urbano no RAU.**
- 2.5. O direito de preferência do arrendatário urbano com a entrada em vigor do NRAU.**
 - 2.5.1. Regime transitório.**

2.1. Breves considerações sobre o arrendamento urbano

O arrendamento urbano integra uma espécie do contrato de locação. O artigo 1022.º do CCiv define a locação como “(...) o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”. Daqui resulta que o contrato de locação permite proporcionar a outrem o gozo de uma coisa corpórea, estipulando uma contrapartida pecuniária para essa obrigação. Além do mais, este contrato

caracteriza-se pelo seu carácter transitório, uma vez que só pode ser celebrado por período temporário⁴⁴. Deste modo, o gozo da coisa constitui para o locatário a causa do contrato⁴⁵.

A locação comporta duas modalidades: o aluguer e o arrendamento. Nos termos do disposto no artigo 1023.º do CCiv, a locação é denominada de aluguer quando recai sobre coisa móvel e de arrendamento quando incide sobre coisa imóvel. Por sua vez, o arrendamento integra várias modalidades: diz-se que o arrendamento é rural quando incide sobre prédios rurais e diz-se que é urbano quando versa sobre prédios urbanos. O arrendamento urbano pode ser para habitação (artigos 1092.º e seguintes do CCiv) ou para fins não habitacionais (artigos 1108.º e seguintes do CCiv). Na verdade, o objeto de estudo da presente dissertação é o direito de preferência do arrendatário urbano, pelo que restringimos a sua análise relativamente a esta modalidade de arrendamento.

Destarte, em termos gerais, são três os elementos constitutivos do contrato de arrendamento urbano: a obrigação de proporcionar a outrem o gozo de um prédio urbano⁴⁶, o carácter temporário⁴⁷ e a retribuição⁴⁸. Sendo certo que, o arrendamento pode não resultar de um contrato, embora quase sempre resulte dele, *v.g.* quando surge associado ao divórcio e, ao abrigo do disposto no art.º 1793.º, n.º 1 do CCiv, o tribunal dá de arrendamento, nos termos aí expostos, a um dos cônjuges a casa de morada de família.

Os sujeitos do contrato de arrendamento urbano são, naturalmente, o senhorio e o arrendatário, isto é, aquele que dá de arrendamento o prédio urbano e aquele que o toma em arrendamento, respetivamente. Nas palavras de PINTO FURTADO, “[a]rrendatário é unicamente quem adquiriu em arrendamento, ou lhe sucedeu nessa posição contratual”⁴⁹, pelo que, não são arrendatários habitacionais os membros que compõem o seu agregado

⁴⁴ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 11-12.

⁴⁵ Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 163.

⁴⁶ Esta obrigação consta expressamente do artigo 1031.º, al. b) do CCiv, constituindo a prestação característica do contrato de arrendamento urbano.

⁴⁷ Este elemento do contrato de arrendamento urbano resulta, desde logo, do artigo 1025.º do CCiv na medida em que estipula a proibição de celebração do contrato por mais de trinta anos, sendo reduzida a esse limite quando celebrada por tempo superior ou como contrato perpétuo.

⁴⁸ De facto, o contrato de arrendamento urbano é um contrato oneroso, sendo a obrigação de pagamento da renda por parte do arrendatário uma prestação pecuniária periódica (artigos 1038.º, al. a) e 1075.º, n.º 1, ambos do CCiv). Para maiores desenvolvimentos sobre as características e formação do contrato de arrendamento urbano, *vide* LUÍS MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 44 e ss.

⁴⁹ JOSÉ HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, vol. I, 5.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2009, p. 358.

familiar ou com ele partilhem o gozo do prédio arrendado. Todavia, o artigo 1068.º do CCiv dispõe que “[o] direito do arrendatário comunica-se ao seu cônjuge, nos termos gerais e de acordo com o regime de bens vigente.”

No âmbito do arrendamento urbano, uma das obrigações do senhorio é, precisamente, a de dar preferência ao arrendatário, nos termos atualmente consagrados no artigo 1091.º do CCiv. Assim, é atribuído ao arrendatário um direito de preferência no caso de compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado há mais de três anos (art.º 1091.º, n.º 1, al. a)), ou na celebração de novo contrato de arrendamento, em caso de caducidade do seu contrato por ter cessado o direito ou terem findado os poderes legais de administração com base nos quais o contrato fora celebrado (art.º 1091.º, n.º 1, al. b)).

Todavia, fruto da evolução legislativa e dos vários contextos sociais e económicos, o direito de preferência do arrendatário foi sofrendo ao longo dos tempos algumas mutações, pelo que, é objeto de estudo no presente capítulo as suas mais diversas redações e as consequentes implicações a nível prático.

2.2. O direito de preferência do arrendatário urbano no período anterior ao Código Civil de 1966

O direito de preferência do arrendatário surgiu, sob a designação de “direito de opção”, com a Lei n.º 1662, de 04 de setembro de 1924, e inicialmente apenas se destinava aos casos de arrendamento para comércio e indústria, quer quando associado à figura do trespasse do estabelecimento comercial ou industrial⁵⁰, quer quanto à venda do prédio⁵¹. Progressivamente, com a da Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948, foi estendendo-se a outras categorias de locatários, nomeadamente ao exercício das profissões liberais⁵², modificando o seu regime jurídico, até ao atual NRAU. Nesta altura, o legislador havia consagrado como requisito essencial o exercício do comércio, indústria ou profissão liberal, no prédio, há mais de um ano.

⁵⁰ Cfr. Art.º 9.º, § único da Lei n.º 1662, de 04 de setembro de 1924.

⁵¹ Cfr. Art.º 11º, § único da Lei n.º 1662, de 04 de setembro de 1924, que atribui expressamente a preferência ao arrendatário também nos casos de dação em cumprimento.

⁵² Cfr. Art.º 66.º da Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948.

O certo é que, desde 1910, os contratos de arrendamento comerciais encontravam-se submetidos a normas rígidas, de evidente tutela do arrendatário. O chamado arrendamento vinculístico permitia a “prorrogação legal automática do contrato” findo o prazo que havia sido convencionado pelas partes, restringindo, desta forma, o princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade privada. O direito de preferência do arrendatário surgido em 1924, para as áreas do arrendamento comercial e industrial, e posteriormente alargado em 1948, para as áreas de exercício de profissões liberais, foi considerado como um “direito excecional”, por atribuir severas limitações à liberdade contratual de escolha do senhorio/proprietário, justificado pelas normas vinculísticas dos contratos de arrendamento⁵³.

2.3. O direito de preferência do arrendatário urbano na vigência do Código Civil de 1966

Na sequência iniciada pela Lei n.º 1662 surge o artigo 1117.º do Código Civil de 1966, posteriormente revogado pelo RAU, que atribuía a preferência em relação aos arrendamentos para comércio ou indústria e também aos arrendamentos para exercício de profissões liberais, por força do artigo 1119.º, do Código Civil, em vigência naquela altura, em caso de venda e dação em cumprimento do prédio arrendado, mantendo o direito de preferência em termos semelhantes aos do artigo 66.º da Lei n.º 2030. Com efeito, para que o arrendatário gozasse do direito de preferência era requisito obrigatório que exercesse, no prédio arrendado, comércio, indústria ou profissão liberal há mais de um ano.

Só mais tarde, em 1977, é que o direito de preferência do arrendatário habitacional teve consagração legal. Pelo artigo 1.º da Lei n.º 63/77, de 25 de Agosto, foi concedido ao arrendatário habitacional de imóvel urbano o direito de preferência em caso de venda ou dação em cumprimento do mesmo ou de sua fração autónoma. O exercício deste direito não estava dependente do decurso de nenhum prazo, na medida em que, a preferência existia, ainda que a alienação ocorresse no dia posterior ao da data de celebração do contrato de arrendamento.

⁵³ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para uma leitura restritiva da norma (artigo 1091º do Código Civil) relativa ao direito de preferência do arrendatário”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Lisboa, Almedina, 2008, p. 968.

No Preâmbulo da Lei n.º 63/77 é justificada a concessão do direito de preferência pertencente ao arrendatário habitacional na alienação onerosa de prédios urbanos, dizendo-se que se traduziu num contributo para a adoção de uma política de acesso à habitação própria, nos termos do artigo 65.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa. Tratou-se, pois, de uma medida de política habitacional com o interesse subjacente de favorecer o direito à habitação, enquanto direito social reconhecido e consagrado constitucionalmente.

2.4. O direito de preferência do arrendatário urbano no RAU

No Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de outubro, o direito de preferência do arrendatário teve acolhimento legal nos artigos 47.º a 49.º. Dispunha o n.º 1 do artigo 47.º que a preferência é concedida ao arrendatário de prédio urbano ou de sua fração autónoma, há mais de um ano, no caso de compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado. Havendo dois ou mais preferentes, abre-se entre eles a licitação, revertendo o excesso para o alienante, conforme estipulava o n.º 2 do referido preceito normativo, que correspondia ao n.º 4 do artigo 1117.º do Código Civil de 1966.

Ora, a primeira constatação, face ao regime jurídico anterior, é a de que a redação do n.º 1 da norma *supra* citada, não faz menção aos arrendatários de comércio, indústria ou profissão liberal e aos habitacionais, abrangendo todo esse leque com a expressão “o arrendatário de prédio urbano ou de sua fração autónoma”.

O segundo aspeto a destacar relaciona-se com a exigência do decurso do prazo de um ano como arrendatário para que o direito de preferência lhe seja atribuído. De facto, tal concretização veio contrariar o revogado artigo 1117.º do Código Civil que exigia o exercício efetivo de comércio, indústria ou profissão liberal há mais de um ano, e a Lei n.º 63/77, de 25 de agosto, que não previa nenhum prazo para o arrendatário habitacional. Com efeito, por um lado, este regime passou a beneficiar o arrendatário comercial ao permitir-lhe o exercício do direito de preferência apenas com o decurso do prazo de um ano desde a data de vigência do contrato de arrendamento, não lhe sendo exigível o exercício efetivo da sua atividade durante esse período de tempo⁵⁴; por outro lado, veio prejudicar o arrendatário habitacional, que passou a ter de aguardar pelo prazo de um ano para ser titular do direito de preferência.

⁵⁴ Neste sentido, vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 253-254.

De qualquer modo, não se impõe ao arrendatário que efetivamente habite ou exerça o comércio no local arrendado, contrariamente ao que sucedia anteriormente.

A terceira consideração a fazer centra-se no facto de que o artigo 1117.º do CCiv estipulava que o direito de preferência, relativamente aos arrendamentos para comércio ou indústria, incidia sobre o “prédio arrendado”, enquanto que o RAU, no seu art.º 47.º veio prever que o direito de preferência passa a incidir sobre o “local arrendado”.

Ora, se antes, no caso de venda do prédio na sua totalidade, o arrendatário mesmo que apenas de uma utilização independente/parte do prédio, podia preferir na venda global, com a entrada em vigor do RAU parece que tal já não é possível. Perante este novo regime jurídico, há doutrina que considera que o direito de preferência limita-se somente ao “local arrendado” e não à totalidade do prédio. Sendo certo que, esta posição é consentânea com parte da jurisprudência portuguesa.

O certo é que, nem a doutrina, nem a jurisprudência é unânime relativamente a este problema, pois nem todos os autores perfilham a interpretação enunciada, tanto mais que não nos revemos neste entendimento, e até mesmo jurisprudencialmente continuou a ser defendida a possibilidade de exercício do direito de preferência em relação à totalidade do prédio, mesmo quando o arrendatário só o seja em relação a uma parte⁵⁵, mas ocupar-nos-emos de expor as diferentes orientações, no ponto 3.2.1. da presente dissertação.

Cumprе também referir que, para o caso de existirem, para além do arrendatário, outras pessoas com direito de preferência na venda ou dação em cumprimento do prédio arrendado, *v.g.* um comproprietário (art.º 1409.º do CCiv), um proprietário do prédio onerado com servidão legal de passagem (art.º 1555.º do CCiv) ou um proprietário do solo quando sobre o prédio arrendado incida um direito de superfície (art.º 1535.º do CCiv), o artigo 48.º do RAU previa um escalonamento dos direitos de preferência. Segundo este normativo, o arrendatário estaria graduado acima do proprietário do solo no caso de haver direito de superfície e em último lugar no confronto com qualquer outro preferente legal.

O regime aplicável ao direito de preferência do arrendatário encontrava-se previsto no art.º 49.º do RAU, aplicando-se com as necessárias adaptações os artigos 416.º a 418.º e 1410.º do CCiv.

⁵⁵ Ac. da Relação do Porto, de 24 de Outubro de 1995, em BMJ 450, p. 560, *apud* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., nota de rodapé n.º 17, p. 255.

Por fim, saliente-se que, mais tarde, com o Decreto-Lei n.º 257/95, de 30 de setembro, que revê o regime do arrendamento urbano para o exercício de comércio, indústria profissões liberais e outros fins lícitos não habitacionais, o legislador criou uma nova modalidade de arrendamento, colocando frente a frente: um modelo vinculístico, clássico, e um modelo que estipulava um prazo de duração efetiva do arrendamento, os designados “arrendamentos de duração limitada”. Em sede de arrendamento para habitação tal modalidade já se encontrava prevista no RAU de 1990.

Mas saliente-se que os contratos de duração limitada, tanto para habitação como para o exercício do comércio ou indústria ou profissão liberal, excluía o direito de preferência do arrendatário (artigos 99.º, n.º2, 117.º, n.º2, 121.º e 123.º, todos do RAU).

2.5. O direito de preferência do arrendatário urbano com a entrada em vigor do NRAU

O Regime do Arrendamento Urbano foi expressamente revogado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, que instituiu o Novo Regime do Arrendamento Urbano. O legislador de 2006 manteve o direito correspondente ao do art.º 47.º, n.º 1 do RAU e integrou-o, sistematicamente, no Código Civil, na Subsecção VI da Secção VII intitulada “Arrendamento de Prédios Urbanos”, na previsão do artigo 1091.º, sob a epígrafe “Regra geral”.

Como se disse, no âmbito do arrendamento urbano, o arrendatário urbano tem direito de preferência, no caso de compra e venda ou dação em cumprimento local arrendado há mais de três anos (art.º 1091.º, n.º 1, al. a) do CCiv), ou na celebração de novo contrato de arrendamento, em caso de caducidade do seu contrato por ter cessado o direito ou terem findado os poderes legais de administração com base nos quais o contrato fora celebrado (art.º 1091.º, n.º 1, al. b) do CCiv). Todavia, esta norma estipula dois direitos de preferência distintos entre si: o direito de preferência clássico, por oneração onerosa do local arrendado (o qual versa a presente dissertação) e o direito de preferência na celebração de novo contrato de arrendamento, em caso único de caducidade quando verificados os pressupostos consagrados no art.º 1051.º, c). JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA não compreende esta aglutinação de dois direitos de preferência diferentes sob a denominação de “regra geral”⁵⁶.

⁵⁶ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, ob. cit., p. 953.

Concentrando a nossa atenção no direito de preferência do arrendatário urbano, estatuído na al. a), do n.º 1, do art.º 1091.º, MENEZES LEITÃO caracteriza-o como a faculdade que o arrendatário tem de obter a propriedade do prédio ou da fração autónoma arrendadas, caso o senhorio proceda à sua alienação por qualquer um destes negócios⁵⁷. E saliente-se que as únicas formas de transmissão da propriedade que dão origem à preferência é a venda e a dação em cumprimento.

O primeiro aspeto a destacar centra-se no facto de que o RAU, no seu art.º 47.º, n.º 1 exigia que o arrendamento durasse há mais de um ano, enquanto que este art.º 1091.º, n.º 1, al. a) veio agravar para três anos, o requisito temporal condicionante do exercício deste direito. Por outro lado, parece manter-se a inexigibilidade de que durante esse período de tempo exista uma habitação efetiva ou um exercício concreto das atividades que constituem o fim não habitacional.

Quanto à graduação, na eventualidade de surgirem vários direitos de preferência, o n.º 3 do art.º 1091.º do CCiv manteve a mesma redação do art.º 48.º do RAU, que estipula que o direito de preferência do arrendatário é graduado imediatamente acima do direito de preferência conferido ao proprietário do solo pelo artigo 1535.º. Além do mais, quanto ao regime aplicável a este direito, o n.º 4 do referido normativo manteve inalterada a redação do art.º 49.º, que estipula que é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 416.º a 418.º e 1410.º.

Para JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA esta norma do artigo 1091.º do CCiv deve ser submetida a uma interpretação restritiva ou a uma redução teleológica, devendo ser aplicada de forma diferente nas modalidades de arrendamento em função do seu fim⁵⁸.

Quanto aos contratos de arrendamento urbano para habitação de duração indeterminada (art.º 1094.º, n.º 1, *in fine*) parece não existirem dúvidas relativamente à admissão do direito de preferência do arrendatário, já que para estes contratos só está prevista a denúncia como forma especial de cessação (art.º 1099.º e ss do CCiv). Já no que respeita aos contratos de arrendamento urbano para fins habitacionais com prazo certo, inserido ou não, numa cláusula do contrato (artigos 1095.º, n.º 1 e 1094.º, n.º 3), o autor coloca dúvidas quanto à inclusão deste direito, sabendo que o legislador permite que qualquer uma das partes

⁵⁷ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 469.

⁵⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre este tópico ver JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, ob. cit., pp. 953-964.

se oponha à renovação automática do contrato celebrado (artigos 1097.º e 1098.º). Ou seja, nestes casos, e a título de exemplo, celebrado um contrato de arrendamento para fins habitacionais, com prazo certo de cinco anos, e o senhorio se opuser à renovação do mesmo na entrada para o terceiro, quarto ou quinto ano do contrato, como se justificará o exercício do direito de preferência do arrendatário, se houve essa manifestação de cessação do contrato por parte do proprietário/senhorio?

O certo é que não podemos afirmar desde logo que a este tipo de contratos, o direito de preferência do contrato de arrendamento se encontra excluído, uma vez que o seu exercício está dependente da vontade das partes na manutenção, ou não, do contrato de arrendamento. Situação diferente seria a de as partes aporem no referido contrato uma cláusula nos termos da qual uma ou ambas as partes manifestem, de antemão, uma vontade de oposição à renovação⁵⁹.

Quanto aos contratos de arrendamento para fins não habitacionais, o referido autor considera que aqueles que sejam celebrados ao abrigo da liberdade conferida pelo art.º 1110.º, n.º 1 do CCiv, em que as regras relativas à duração, denúncia e oposição à renovação do contrato são livremente estabelecidas pelas partes, excluem o direito de preferência do arrendatário. Contudo, repare-se que pode não ser tão linear assim. De facto, este regime permite que o senhorio possa afastar o exercício deste direito pelo arrendatário ao propor a celebração do contrato pelo período de um ano ou dois anos ou de três anos não prorrogáveis, mas tal entendimento não é suficiente para perfilharmos a posição de que a aplicação do direito de preferência, em termos gerais, aos contratos celebrados nos termos do art.º 1110.º, n.º 1 seria incoerente e iria contra a natureza que se quer temporária destes contratos. O autor chega mesmo a defender que não vê fundamento para considerar nula a cláusula que exclua o direito de preferência do arrendatário, sendo certo que, somente considera admissível que as partes convencionem a admissão de tal direito, com eficácia real ou obrigacional. Justifica esta posição no facto de o legislador querer tido tutelar a parte mais fraca da relação jurídica senhorio-arrendatário/arrendatário-senhorio.

⁵⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 48-49 e nota n.º 58.

2.5.1. Regime transitório

JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA considera que as normas transitórias da Lei n.º 6/2006 não inviabilizam a sua posição relativamente à não aplicação do artigo 1091.º, n.º 1, al. a) aos contratos de arrendamento não habitacionais celebrados nos termos do art.º 110.º, n.º 1 e aos de duração limitada, uma vez que deve atender-se à interpretação restritiva desse artigo, sob pena de colidir com o disposto na 2.ª parte do n.º 1 do art.º 12.º do CCiv.

Na verdade, pese embora as considerações supra expostas, o art.º 59.º, n.º 1 da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, dispõe que o NRAU se aplica aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor, bem como às relações contratuais constituídas que subsistam nessa data, sem prejuízo do previsto nas normas transitórias. O que significa que, o direito de preferência do arrendatário passou a aplicar-se também aos contratos de duração limitada que, ao abrigo do disposto nos artigos 99.º, n.º 2, 117.º, n.º 2, 121.º e 123.º, do RAU, deles estava excluído.

Ademais, do n.º 2 do art.º 59.º do NRAU resulta que se o arrendatário fosse titular do direito de preferência, consagrado na al. a), do n.º 1, do art.º 1091.º, do CCiv, à data da entrada em vigor do NRAU, não o perderá em consequência dessa entrada em vigor.

CAPÍTULO III

O DIREITO DE PREFERÊNCIA DO ARRENDATÁRIO URBANO

SECCÃO I – Da Constituição do direito de preferência do arrendatário. 3.1. Elementos constitutivos do direito de preferência do arrendatário. 3.1.1. Contrato de arrendamento celebrado há mais de três anos. 3.1.2. Negócio jurídico: compra e venda ou dação em cumprimento. 3.1.3. O local arrendado.

SECCÃO II – Da comunicação para a preferência. 3.2. Da Comunicação para a preferência. 3.2.1. Conteúdo da comunicação para a preferência. 3.2.1.1. A indicação do terceiro comprador. 3.2.2. A comunicação para a preferência como proposta contratual: prós e contras. 3.2.3. O autor da comunicação para a preferência. 3.2.4. O destinatário da comunicação para a preferência. 3.2.5. Forma da comunicação para a preferência. 3.2.6. Consequências da falta de comunicação ou da comunicação irregular.

SECCÃO III – Da caducidade e da renúncia ao direito e da declaração de preferência. 3.3. Da caducidade, da renúncia e da declaração de preferência. 3.3.1. Possíveis condutas do preferente. 3.3.2. Extinção do direito de preferência. 3.3.2.1. Por caducidade. 3.3.2.2. Por renúncia. 3.3.3. Da declaração de preferência. 3.3.3.1. Conteúdo da declaração de preferência. 3.3.3.2. Prazo para a declaração de preferência. 3.3.3.3. Forma da declaração de preferência. 3.3.3.4. Efeitos da declaração de

preferência. 3.3.3.5. Natureza da declaração de preferência.

SECÇÃO IV – Violação e tutela do direito de preferência

do arrendatário. 3.4. Violação da preferência do

arrendatário com simulação do preço. 3.5. Tutela do direito de preferência do arrendatário: a ação de preferência.

3.5.1. Pressupostos de recurso à ação de preferência. 3.5.2.

Prazo de caducidade. 3.5.3. Depósito do preço devido. 3.5.3.1.

Depósito do preço em caso de simulação. 3.5.4. Legitimidade

passiva. 3.5.5. Efeitos da ação de preferência. 3.5.6. Registo da

ação de preferência. 3.5.7. Natureza da ação de preferência.

SECCÇÃO I – Da constituição do direito de preferência do arrendatário

3.1. Elementos constitutivos do direito de preferência do arrendatário

No capítulo anterior comprometemo-nos a aprofundar o estudo do direito de preferência atribuído ao arrendatário urbano, no caso de compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado há mais de três anos, conforme dispõe o art.º 1091.º, n.º 1, al. a) do CCiv.

Sucedo que, o direito de preferência do arrendatário urbano só poderá ser exercido quando os seus pressupostos de constituição se verificarem preenchidos, pelo que, enquanto não se verificarem o referido direito inexistente, isto é, ainda não está constituído⁶⁰. Assim, ocupar-nos-emos em esmiuçar individualmente cada um desses requisitos.

⁶⁰ HÉLDER MARTINS LEITÃO, ob. cit., p. 45, considera que “[n]as preferências legais o direito de preferência ocorre no momento da alienação”. Para este autor, é este o momento exato do nascimento do direito de preferência. Já MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., pp. 207 e 208, defende que a constituição do direito de preferência só ocorre depois da comunicação realizada pelo sujeito passivo. E AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *Exercício...* cit., p. 400, defende que o direito de preferência se constitui “(...) com a decisão do sujeito passivo de celebrar com certo terceiro, em certas condições, um dos contratos incluídos na norma atributiva da preferência (...)”.

3.1.1. Contrato de arrendamento celebrado há mais de três anos

Prima facie, cumpre referir que terá de existir um contrato de arrendamento válido e eficaz, sendo certo que, com o novo regime legal do arrendamento urbano a duração do referido contrato tem de ser superior a três anos.

Conforme dispõe o n.º 2 do art.º 59.º do NRAU “[a] aplicação da alínea a) do n.º 1 do artigo 1091.º do Código Civil não determina a perda do direito de preferência por parte do arrendatário que dele seja titular aquando a entrada em vigor da presente lei.” Ora, tal significa que os arrendatários que à data da entrada em vigor da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, que aprovou o NRAU, tivessem celebrado o contrato de arrendamento há mais de um ano e há menos de três mantêm o direito de preferência entretanto constituído. Se, por outro lado, o contrato de arrendamento tivesse sido celebrado há menos de um ano aquando da entrada em vigor do *supra* citado diploma legal, o arrendatário só adquire o direito de preferência quando perfizer três anos de arrendamento, tendo em conta que a esse contrato já é aplicável a alínea a), do número 1, do artigo 1091.º.

No caso de trespasse do estabelecimento comercial instalado em imóvel arrendado, o novo arrendatário beneficia também do direito legal de preferência na venda ou na dação em cumprimento do imóvel locado, mas a questão que se coloca é a de saber se se transmite o direito de preferência do anterior inquilino se o mesmo já estiver constituído ou, no caso de ainda não estar, se o novo arrendatário aproveita o prazo já decorrido na esfera do anterior arrendatário. Ora, por via do trespasse transmite-se a posição de arrendatário, nos termos do disposto no art.º 1112.º, n.º 1, al. a) do CCiv e, embora o entendimento não seja unânime, o certo é que não existem na lei restrições à transmissibilidade do direito legal de preferência já adquirido ou em vias de aquisição, pois o novo arrendatário sucede em todos os direitos e obrigações inerentes ao primeiro inquilino⁶¹.

Acresce que, o prazo de três anos não pressupõe o exercício efetivo das atividades que constituem o fim não habitacional do arrendamento, nem a habitação efetiva do arrendamento para habitação, conforme explicitado no ponto 2.5 da presente dissertação.

⁶¹ Neste sentido, v. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-11-1988, Processo 075282, relator Solano Viana, disponível para consulta em www.dsgi.pt. Veja-se também FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A transmissão da posição de arrendatário por efeito do trespasse do estabelecimento comercial”, in *Lusitana. Direito*, n.º 4, Porto, Universidade Lusíada Editora, 2011, pp. 251-253.

Bastando-se para a constituição do direito de preferência do arrendatário a antiguidade de três anos do respetivo contrato⁶². Neste sentido, “(...) a contagem do prazo não se interrompe com eventuais modificações contratuais subjetivas.”⁶³ Tal significa que, no caso de transmissão do arrendamento por morte do arrendatário habitacional, nos termos do art.º 1106.º do CCiv, o novo arrendatário beneficia do prazo já decorrido com o primitivo arrendatário, não implicando o início de um novo prazo de três anos.

3.1.2. Negócio jurídico: compra e venda ou dação em cumprimento

O arrendatário só poderá preferir nos casos em que o local arrendado seja objeto de contrato de compra e venda (art.º 874.º do CCiv) ou dação em cumprimento (art.º 837.º do CCiv). Relativamente à atribuição da preferência na dação em cumprimento, esta é associada aos casos em que se visa extinguir um crédito de natureza pecuniária, sendo o valor nominal tomado como referência para o exercício do direito de preferência. Pelo que, a preferência não abrange os casos em que impeçam o sujeito passivo de cumprir as suas obrigações perante os credores.

Nessa medida, tem sido entendido de forma unânime, no seio da doutrina e da jurisprudência, que mais nenhum contrato, para além da compra e venda e da dação em cumprimento, possa desencadear a preferência do arrendatário⁶⁴.

Por exemplo, não existe direito de preferência na transferência da propriedade do prédio arrendado como realização em espécie na entrada do capital social da sociedade. Por

⁶² AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *Exercício...* cit., p. 177, considera que embora a habitação ou o exercício da atividade para fins não habitacionais de modo efetivo não seja pressuposto de constituição do direito de preferência pelo arrendatário, a verdade é que a sua ausência deverá ser ponderada num quadro de abuso de direito, nos termos do art.º 334.º do CCiv, por parte do preferente. Todavia, entendemos que, não querendo o senhorio optar por essa via legal, sempre pode lançar mão da resolução do contrato, por não uso do locado por mais de um ano, ressalvadas as exceções do artigo 1072.º, n.º 2, nos termos do disposto na alínea d), do n.º 2, do art.º 1083.º do CCiv.

⁶³ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Direitos e Obrigações Legais de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano (RAU)”, in *Revista da Associação Académica da Faculdade de Lisboa*, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 52. Em sentido contrário, vide AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *Exercício...* cit., p. 177, que sustenta que o direito de preferência deve ser atribuído em função do seu titular e não da antiguidade do contrato de arrendamento.

⁶⁴ Veja-se JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano – Anotado e Comentado*, 7.ª Edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2003, p. 305. PIRES LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 367 – anotação ao artigo 1409.º.

Também neste sentido, v. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-11-2006, Processo 06B3596, relator Alberto Sobrinho, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

um lado, se entendermos que o contrato de compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, mediante um preço, conforme o disposto no art.º 874.º, a transmissão da propriedade no caso em apreço não tem como correspondente o pagamento de qualquer quantia em dinheiro, mas apenas a participação no capital social. Por outro lado, atendendo que a dação em cumprimento se traduz na realização de uma prestação diferente da que for devida, nos termos do art.º 837.º, *ab initio*, e que exonera o devedor se o credor der o seu assentimento, ou seja, tem como objetivo extinguir de imediato a obrigação, no caso em apreço, a prestação que o devedor realiza coincide com aquela a que estava vinculado (art.º 762.º) no contrato de constituição da sociedade, não tendo substituído a prestação originária por qualquer outra diferente.

Também não existe direito de preferência no caso de celebração de contrato-promessa de compra e venda. Primeiro, porque da letra da lei resulta expressamente a aplicabilidade deste direito aos casos de compra e venda e, segundo, porque o contrato-promessa pode sempre ser incumprido pelo promitente-vendedor, não sendo garantida a sua efetiva celebração⁶⁵. A existir um contrato de promessa sem eficácia real posterior ao contrato de arrendamento, tal implica que o direito do arrendatário, resultante de preferência legal (e, por isso, oponível *erga omnes*) tem prevalência sobre o do promitente-comprador. Por sua vez, se existir um contrato-promessa com eficácia real posterior ao arrendamento, o arrendamento e o respetivo direito de preferência do arrendatário não são oponíveis ao promitente-comprador.⁶⁶

Mas, já existirá direito de preferência em relação à venda judicial, por força do art.º 422.º do CCiv. No âmbito das ações executivas, a lei prevê expressamente a notificação dos titulares de direito de preferência para, querendo, exercerem o seu direito, nos termos do disposto nos arts.º 819.º e 823.º do Código de Processo Civil.

O certo é que, enquanto o senhorio não pretender vender o imóvel arrendado, o arrendatário não dispõe de nenhum mecanismo legal que possa provocar a celebração desse negócio. De facto, se o senhorio nunca vier a alienar o prédio mediante a venda ou dação em cumprimento, o arrendatário jamais poderá vir a exercer o seu direito. Pese embora o

⁶⁵ V. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 305.

⁶⁶ JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, vol. II, 5.ª Edição Atualizada, Coimbra, Almedina, p. 824-826.

arrendatário tenha constituído validamente o seu direito de preferência, o mesmo continua a estar dependente de outra condição, sendo, por isso, nas palavras de PINTO FURTADO, um “direito condicional”. Explana o autor que “[a] eficácia jurídica do direito de preferência do arrendatário encontra-se, pois, dependente da ocorrência de um facto futuro e incerto – a transmissão do prédio ou fração arrendada – cuja verificação, aliás, ele não poderá provocar.”⁶⁷

Ademais, a generalidade da doutrina nacional defende que o direito de preferência só pode ser exercido se o preferente se dispuser a igualar as condições propostas por terceiro⁶⁸. Ou seja, a lei concede ao preferente “(...) o direito de, em igualdade de circunstâncias, isto é, oferecendo prestação em tudo idêntica à do adquirente (tanto por tanto), ocupar a posição de contraparte na venda ou dação em cumprimento.”⁶⁹

3.1.3. O Local arrendado

No que respeita ao objeto da preferência, o mesmo está delimitado pela expressão “local arrendado”, que surgiu com o RAU e manteve-se inalterada desde então, encontrando-se atualmente inserta na alínea a) do n.º 1 do art.º 1091.º do CCiv. Todavia, tal expressão originou controvérsia doutrinal e jurisprudencial nos casos de venda ou dação em cumprimento do prédio arrendado, não constituído em propriedade horizontal (arts.º 1414.º e seguintes do CCiv). Isto é, coloca-se a questão de saber se o arrendatário, há mais de três anos, que ocupa apenas parte do prédio terá direito de preferência no caso de venda ou dação em cumprimento da totalidade do mesmo. Pois dúvidas não se colocam quando constituída a propriedade horizontal num prédio, o direito de preferência do arrendatário circunscreve-se à respetiva fração autónoma; pelo que, pretendendo o senhorio vender o imóvel todo, o arrendatário só poderá exercer o seu direito em relação à sua fração.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO, conforme acima referido (no ponto 2.4. da presente dissertação de mestrado), exclui a preferência do arrendatário nos casos *supra* apontados, entendendo que “(...) ou o direito de preferência se pode exercer apenas ao local arrendado,

⁶⁷ *Ibidem*, p. 827.

⁶⁸ Neste sentido, v.g., GALVÃO TELLES, ob. cit., p. 162.

⁶⁹ JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento...* cit., vol. II, p. 803.

o que supõe a possibilidade de autonomização jurídica deste, ou o seu exercício é impossível.”⁷⁰ Limitando-se o direito de preferência do arrendatário ao local arrendado, “[s]e é alienada uma coisa global – um prédio – em que o local arrendado tenha autonomia jurídica, o direito de preferência não se pode exercer.”⁷¹ Isto significa, por exemplo, que o arrendatário de uma garagem destinada à recolha do seu veículo automóvel não dispõe do direito de preferência na eventual venda do prédio urbano, composto por casa para habitação e no qual está incluída a referida garagem. Como também não é titular do direito de preferência o arrendatário somente do quintal desse prédio. Mas também não tem direito de preferência quem é arrendatário de uma dependência autónoma e de utilização independente que, em certos casos, constitui a casa de morada de família do mesmo, na venda do prédio urbano. Assim, ou existe autonomização jurídica da coisa arrendada ou a preferência não se pode exercer.

Por outras palavras, o Professor considera que o arrendatário de uma fração de um prédio não constituído em regime de propriedade horizontal não goza de direito de preferência no caso de o senhorio pretender vender o prédio na sua totalidade. Pelo que, o arrendatário só terá preferência em relação à aquisição da sua fração autónoma, quando o prédio seja constituído em propriedade horizontal, pois nesse caso o prédio encontra-se juridicamente dividido⁷². De igual modo, defende ANTÓNIO CARVALHO MARTINS e parte da doutrina e da jurisprudência. A título exemplificativo podemos enunciar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-03-2015⁷³, que negou provimento ao recurso apresentado, estipulando que o direito de preferência coincide com o local arrendado e a ele está limitado, pelo que o arrendatário de parte arrendada não beneficia do direito de preferência em caso de venda ou dação em cumprimento do imóvel não sujeito ao regime da propriedade horizontal. E, assim, relativamente ao mesmo caso em concreto, também decidiu

⁷⁰ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 254 e 255. Neste sentido, cfr. também ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, ob. cit., pp. 107-113

⁷¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, I, Abril 1991, p. 68.

⁷² Mesmo que o prédio, constituído em regime de propriedade horizontal, seja vendido na sua totalidade, o arrendatário de uma fração autónoma apenas dispõe de preferência em relação à sua fração. Veja-se, a este propósito, o Acórdão da Relação de Lisboa, 09/12/1986, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Ano XI – 1986, Tomo 5, p. 131.

⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-03-2015, Processo 9065-12.ITCLRS.L1-6, relator Tomé Ramião, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 21-01-2006⁷⁴. Ademais, ainda relativamente ao mesmo caso, o Tribunal Constitucional, em Acórdão de 09-12-2016, não julgou inconstitucional “(...) a norma extraída da alínea a) do n.º 1 do artigo 1091.º, na redação introduzida pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, interpretada no sentido de o arrendatário, há mais de três anos, de parte do prédio urbano não constituído em propriedade horizontal, não ter direito de preferência sobre a totalidade do prédio, na compra e venda desse mesmo prédio.”⁷⁵

Em sentido oposto, LUÍS MIGUEL MONTEIRO⁷⁶ defende que o arrendatário de parte do prédio não constituído em propriedade horizontal pode exercer o seu direito de preferência em relação ao prédio na sua totalidade. O autor refere que o argumento literal não justifica a posição acima defendida, pois o art.º 47.º, n.º 1 do RAU manteve as designações de “prédio urbano” e “fração autónoma” e, por outro lado, o legislador, no n.º 2 do art.º 47.º do RAU, ao criar o mecanismo da licitação entre preferentes pressupõe que o exercício de preferência dos diversos arrendatários abrange todo o prédio, na medida em que, se cada um dos arrendatários fosse admitido a preferir em relação à parte que arrenda (ou, se fosse impossível o exercício desse direito perante a impossibilidade de autonomização jurídica) não teria que se escolher um preferente através da licitação. No mesmo sentido, argumenta também ARAGÃO SEIA⁷⁷.

Parece-nos que a razão está do lado destes autores, na medida em que a interpretação restritiva que leva apenas em consideração o argumento literal não permite assegurar a estabilidade da habitação e a possibilidade de facilitar o acesso à propriedade do prédio por parte do arrendatário que vem beneficiando do seu gozo, fatores estes que estiveram na base da consagração legal do direito de preferência do arrendatário habitacional. Na verdade, não se compreende a razão pela qual o arrendatário habitacional não possa preferir na venda do imóvel em que o seu local arrendado (não autonomizável juridicamente) se integra, podendo ser o mesmo vendido a um terceiro que nenhuma relação tem com esse mesmo imóvel. O

⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-01-2016, Processo 9065/12.1TCLRS.L1.S1, relator Tavares de Paiva, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

⁷⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 583/2016, Publicado no Diário da República n.º 235/2016, Série II, de 09-12-2016, disponível para consulta em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁷⁶ LUÍS MIGUEL MONTEIRO, ob. cit., p. 51.

⁷⁷ V. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 327.

mesmo se impõe em relação ao arrendatário comercial. De facto, o propósito de a este ser atribuído o direito legal de preferência consiste em proporcionar a quem goza e usufrui do estabelecimento e tem nesse local arrendado a sua vida profissional, a possibilidade de aquisição da propriedade do imóvel⁷⁸.

E é este o entendimento perfilhado, por exemplo, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 07-12-2017, quando sumariamente explica que “[o] direito de preferência do arrendatário ou incide sobre a totalidade do prédio ou, estando este sujeito ao regime da propriedade horizontal, sobre a respetiva fração ou frações.”⁷⁹ Ademais, a expressão “local arrendado” continua a querer significar o imóvel onde o arrendamento se situa⁸⁰.

Na verdade, pese embora o imóvel não constituído em regime de propriedade horizontal e, por isso, não estando juridicamente dividido em frações autónomas registadas separadamente, contenha andares suscetíveis de utilização independente e que estejam arrendadas, caso o senhorio/proprietário o queira alienar mediante a venda ou dação em cumprimento, apenas o pode fazer em relação à totalidade do prédio e, salvo o devido respeito por opinião contrária, não nos parece justo que o arrendatário não possa exercer o direito de preferência em relação à venda do prédio, no seu todo, isto porque nunca poderá adquirir separadamente essas dependências⁸¹.

No caso de haver uma pluralidade de arrendatários de partes arrendadas do imóvel que não sejam juridicamente autonomizáveis, estamos em crer que cada um deles pode exercer, querendo, o direito de preferência na venda da totalidade do imóvel a terceiro não locatário. Estaremos, nesta hipótese, perante uma situação de concorrência de vários direitos

⁷⁸ Neste sentido, v. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A transmissão da posição de arrendatário por efeito do trespasse do estabelecimento comercial”, in *Lusíada...* cit., p. 253.

⁷⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 07-12-2017, Processo 1130/15.0T8VNF-F.G1, relatora Maria dos Anjos Nogueira, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

⁸⁰ V. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23-06-2015, Processo 1275/12.8TBCBR.C1, relator Carlos Moreira, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

⁸¹ Neste sentido, v. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-03-2002, Processo 0220139, relator Emídio Costa, disponível para consulta em www.dgsi.pt: “Não constituindo as “casas” que integram um prédio urbano - vulgarmente designado por “ilha” - frações autónomas e distintas, nem estando tal prédio sujeito ao regime de propriedade horizontal, os arrendatários de tais “casas” gozam do direito de preferência na venda do prédio, mas a preferência tem sempre de ser exercida sobre todo o prédio e não apenas em relação à parte objeto da locação.” e Acórdão da Relação de Lisboa de 17-12-1998, disponível em *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XXIII – 1998, Tomo 5, p. 131: “(...) o direito de preferência do arrendatário habitacional de parte do prédio não sujeito ao regime da propriedade horizontal reporta-se ao imóvel no seu todo.”

legais de preferência, tantos quantos os diversos arrendatários, titulares dos vários contratos de arrendamento que têm por objeto diversas partes do mesmo prédio⁸². E não, perante uma situação de contitularidade do mesmo direito legal de preferência em relação a todos os arrendatários desse prédio. Cada arrendatário é titular de um direito legal de preferência, na venda do prédio na sua totalidade, existindo uma pluralidade de direitos, caso exista uma pluralidade de arrendatários⁸³. Sendo que, nesses casos, cada arrendatário exerce o direito de preferência em relação a todo o imóvel e não apenas à parte arrendada.

Desse modo, consideramos que, na hipótese de no prédio haver vários arrendatários de diferentes partes arrendadas no mesmo prédio, e o imóvel ser vendido pelo senhorio na sua totalidade a um só dos arrendatários, sem observar a comunicação para a preferência dos restantes, há violação do direito de preferência quanto a estes⁸⁴.

Sucedo que, questiona-se, nos casos em que coexista mais do que um arrendatário de várias partes do prédio, de que forma se escolhe o preferente, na medida em que a licitação entre arrendatários, consagrada no RAU, foi eliminada do Código Civil e a graduação aí estabelecida é aplicada aos casos em que exista uma pluralidade de preferências resultantes de diferentes normas jurídicas. Havendo uma pluralidade de arrendatários com direito de preferência, coloca-se a questão de saber se se deve proceder à licitação, mesmo que esta não esteja, atualmente, consagrada no art.º 1091.º do CCiv. A lei, de facto, não estabelece critérios para a escolha de um arrendatário num conjunto de vários na mesma situação, mas não se pode admitir que se o senhorio decidir livremente vender o prédio a um deles não há violação do direito de preferência dos demais. Por isso, a resposta a esta questão é positiva.

Aliás, o recurso ao mecanismo da licitação quando existam vários arrendatários, cada um titular de um direito de preferência, visa precisamente centrar a preferência num só indivíduo, excluindo-se a hipótese de o mesmo direito pertencer conjuntamente a vários titulares.

O art.º 419.º, n.º 2 do CCiv preceitua que se o direito de preferência pertencer a mais de um titular, mas houver de ser exercido apenas por um deles, na falta de designação abrir-

⁸² Neste sentido, v. AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., p. 114.

⁸³ Também neste sentido, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2010, Processo 5541/03.5TBVFR.P1.S1, relator Hélder Roque, disponível para consulta em www.dgsi.pt. A favor da contitularidade, vide AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, *Da preferência – Estudos, Notas da doutrina e jurisprudência e Legislação mais comum*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 129.

⁸⁴ Em sentido contrário, v. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 252 e 253.

se-á licitação entre todos, revertendo o excesso para o alienante. Ora, estar-se-á perante um caso de contitularidade quando um mesmo direito de preferência cabe a várias pessoas ao mesmo tempo (é o caso do direito de preferência pertencente a herança, consagrado no art.º 1034.º do CPC). Por outro lado, haverá uma situação de pluralidade de preferentes quando haja uma colisão de vários direitos de preferência, que é dirimida mediante o recurso à licitação, graduação ou hierarquização (v.g. art.º 1380.º, n.º 2).

Pese embora a remissão operada pelo art.º 1091.º, n.º 4 restringir-se, apenas, para os artigos 416.º a 418.º, referentes aos direitos de preferência de fonte convencional, a licitação é a solução que deve ser adotada, porquanto é a melhor se enquadra neste tipo de situações.

Se o legislador admite como possível que possam existir vários arrendatários num prédio com direito de preferência em caso de venda ou dação em cumprimento pelo senhorio, é porque o mesmo se constitui mesmo em relação a partes do prédio, não autonomizadas juridicamente. Este tipo de situações suscita dúvidas para as quais a lei não dispõe de resposta e atenta a sucessão continuada de acórdãos de sentido completamente contraditório é imprescindível uma intervenção legislativa, com o objetivo de clarificar o objeto da preferência e seu exercício.

Outro argumento a favor dos defensores da possibilidade do exercício de preferência sobre todo o imóvel quando o arrendatário só o é de apenas uma parte que não é juridicamente autonomizável é o recurso ao preceituado no art.º 417.º do CCiv, aplicável *ex vi* do art.º 1091.º, n.º 4⁸⁵⁻⁸⁶. Ora, prescreve o art. 417.º, n.º 1 que, nos casos em que o sujeito passivo queira vender a coisa juntamente com outra ou outras por um preço global, o preferente pode exercer o seu direito em relação à coisa objeto da preferência pelo preço que lhe for proporcionalmente atribuído. No entanto, nessas situações, o obrigado à preferência pode exigir que a preferência abranja todas as restantes, se estas não puderem ser separadas sem prejuízo apreciável para ele. Se o senhorio assim o entender, o preferente terá de exercer a preferência sobre todas as coisas e pelo preço global. Destarte, quando o preferente exerce o seu direito sobre o conjunto de coisas a alienar vê estendido o seu original direito legal de

⁸⁵ V. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, ob. cit., pp. 327 e 328. Em sentido contrário, v. AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., p. 133.

⁸⁶ O direito de preferência exercido no âmbito da venda de coisa juntamente com outra, legalmente consagrado no art.º 417.º, n.º 1 do CCiv não será debatido na presente dissertação.

preferência, ou seja, “(...) a preferência só atinge a coisa que é objeto do direito do preferente. A extensão a coisas diferentes só se pode fundar no interesse do preferente.”⁸⁷

A verdade é que, atualmente, ainda são proferidos acórdãos em ambos os sentidos, pelo que, é nosso entendimento que o legislador necessita de clarificar este aspeto e atribuir-lhe solução legal, na medida em que a lacuna existente potencia a criação de situações desiguais e injustas e coloca em crise a segurança jurídica.

SECÇÃO II – Da comunicação para a preferência

3.2. Da comunicação para a preferência

3.2.1. Conteúdo da comunicação para a preferência

Conforme preceituado no n.º 4 do art.º 1091.º, ao direito de preferência do arrendatário é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 416.º a 418.º, referentes aos pactos de preferência.

Destarte, querendo o senhorio vender o local arrendado deve comunicar ao arrendatário, enquanto titular do direito de preferência, o projeto de venda e as cláusulas do respetivo contrato⁸⁸. Obviamente que a comunicação para a preferência ao arrendatário também deve ser observada pelo senhorio em caso de dação em cumprimento do local arrendado. Ademais, em caso de venda judicial, deve também ser o titular do direito de preferência notificado para o seu exercício, nos termos do disposto no art.º 819.º, n.º 1 do CPC.

Porém, a lei não é clara quanto aos elementos que a comunicação para a preferência deve conter, uma vez que só se refere ao “*projeto de venda*” e às “*cláusulas do respetivo contrato*”, facto que acarretou controvérsia doutrinal e jurisprudencial. A questão está em

⁸⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista...*, p. 66.

⁸⁸ Dispõe o art.º 416.º, n.º 1 do CCiv que “[q]uerendo vender a coisa que é objeto do pacto, o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projeto de venda e as cláusulas do respetivo contrato.”

saber qual a extensão da comunicação a realizar pelo senhorio ao arrendatário, se têm de ser referidas todas as cláusulas do contrato projetado ou apenas algumas.

Para TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, da comunicação para a preferência devem constar os elementos cujo conhecimento pelo titular do direito de preferência é indispensável para a ponderada formação da vontade de preferir, a saber: a identificação do objeto do contrato, o preço, as suas condições de pagamento, as garantias exigidas e a identidade do adquirente. O vinculado à preferência deve, por isso, incluir na comunicação as cláusulas importantes do contrato. Além do mais, dessa comunicação deve constar o convite para exercer o direito de preferência, para que o titular desse direito tenha consciência que está em causa o exercício do seu direito e não uma simples proposta contratual.⁸⁹

OLIVEIRA ASCENSÃO afirma perentoriamente que a finalidade da comunicação para a preferência não passa por proporcionar ao preferente um controlo exaustivo da projetada alienação, pelo que, não é necessário referir na comunicação todas as cláusulas do contrato projetado, mas apenas aquelas que são essenciais. Daqui resulta que a expressão “*cláusulas do contrato*” não se pode confundir com uma minuta do contrato projetado que deva ser escrupulosamente seguida, sendo a referência ao seu conteúdo essencial bastante. Para o autor, são essenciais os elementos que permitam que um destinatário normal funde a sua decisão de exercer ou não exercer o direito de preferência de que é titular, *v.g.*, o preço e as condições de pagamento. O lugar de pagamento será, por exemplo, um elemento não essencial, representando um aspeto, de entre vários, como a data em que será lavrada a escritura de compra e venda⁹⁰, que podem ser delineados *a posteriori*. Não deixando a comunicação de produzir os seus efeitos se se omitir algum conteúdo acessório do contrato projetado⁹¹.

De facto, a doutrina que entende que devem ser comunicados ao titular do direito de preferência os elementos essenciais da alienação sustentam a sua tese na letra do art.º 1410.º, n.º 1, relativo ao recurso à ação de preferência. A expressão “*elementos essenciais do*

⁸⁹ TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, “Boa-fé e Notificação para a Preferência”, in *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 78, Coimbra, 2002, pp. 455 e 456.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 457 e 458.

⁹¹ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Preferência do arrendatário habitacional: notificação, caducidade, renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 53, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 1993, pp. 686, 689 e 690 e, ainda, e “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos... cit.*, p. 257.

contrato” que aí surge determina o momento em que começa a correr o prazo de caducidade (seis meses) para intentar a ação de preferência. Assim, se o que marca o início da contagem do prazo de caducidade do direito de preferência é o conhecimento dos elementos essenciais do contrato, é porque os outros elementos da projetada alienação são irrelevantes para este domínio.

O autor CARLOS LIMA defende que a comunicação para a preferência deve conter os elementos essenciais do contrato projetado e não apenas os elementos que possam influenciar a decisão do titular do direito de preferência (arrendatário) a exercer ou não o respetivo direito. Aliás, mesmo os elementos que possam parecer marginais, para o titular do direito de preferência esses podem ter significativa relevância na posição a adotar. Não cabendo, por isso, ao obrigado à preferência (senhorio) fazer uma ponderação de juízos de valor sobre quais elementos é que podem relevar na decisão de exercer ou não o direito de preferência.⁹²

No entanto, o mesmo autor considera, também, que da comunicação para a preferência a que se reporta do art.º 416.º, não tem de constar nem a data da escritura (já que o objeto do direito de preferência do arrendatário é um imóvel), nem o lugar da celebração do contrato⁹³. Entendimento este que nos parece correto, pois não estamos perante um contrato-promessa de compra e venda.

Em sentido oposto, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES aponta para o sentido literal das normas dos art.º 416.º, n.º 1 do CCiv e 1028.º, n.º 1 do CPC⁹⁴ que não deixam dúvidas acerca do teor que a comunicação para a preferência deve ter. Na verdade, o obrigado à preferência deve comunicar todas as cláusulas do contrato projetado, como sejam, a identificação do bem a alienar⁹⁵; o tipo de alienação projetada (venda ou dação em cumprimento); o preço, as condições de pagamento, as garantias de pagamento, o local de pagamento, o modo de pagamento, entre outras, no caso do negócio jurídico projetado for um contrato de compra e

⁹² CARLOS LIMA, ob. cit., p. 501.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Dispõe o art.º 1028.º, n.º 1 do CPC que “[q]uando se pretenda que alguém seja notificado para exercer o direito de preferência, especificam-se no requerimento o preço e as restantes cláusulas do contrato projetado, indica-se o prazo dentro do qual, segundo a lei civil, o direito pode ser exercido e pede-se que a pessoa seja pessoalmente notificada para declarar, dentro desse prazo, se quer preferir. “

⁹⁵ A exigência de identificação clara e precisa do imóvel a alienar tem de ser entendida em termos razoáveis, dispensando-se a indicação do respetivo artigo matricial e a menção da área correspondente, bastando o número de polícia do imóvel objeto da preferência, cfr. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 461 e CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 111.

venda; indicação do valor nominal do crédito cujo cumprimento é visado, no caso de se tratar de uma dação em cumprimento⁹⁶.

Ademais, refere ainda que os arts.º 416.º e 1410.º do CCiv, em nada coincidem entre si. O primeiro reporta-se à comunicação do negócio projetado, que deve ser, no seu entendimento, exaustiva, e o segundo refere-se a um meio de tutela colocado à disposição do preferente contra a violação do seu direito de preferência e marca o início do prazo de caducidade para intentar a respetiva ação de preferência, que se despoleta com conhecimento dos elementos essenciais do contrato. Assim sendo, partindo do pressuposto que o preferente, em regra, dispõe de oito dias para exercer o seu direito de preferência, se apenas lhe fossem comunicados os elementos essenciais do contrato, este teria um espaço de tempo muito reduzido para tentar conhecer as demais cláusulas daquele. Se a lei estipulasse que o prazo de caducidade se iniciaria com o conhecimento pelo preferente de todas as cláusulas do contrato permitir-lhe-ia prolongar esse prazo indefinidamente, pois mesmo tendo conhecimento dos elementos essenciais do contrato o preferente podia esperar o tempo que lhe conviesse para saber das demais cláusulas contratuais. Assim, basta que o preferente tenha conhecimento da própria alienação e da respetiva contrapartida para decidir se pretende intentar a ação de preferência.⁹⁷

No mesmo sentido, AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO explica que os elementos essenciais da alienação servem apenas para estabelecer o marco a partir do qual começa a contar o prazo de caducidade de seis meses para o preferente propor a ação de preferência, pois só depois de ter conhecimento desses elementos é que poderá decidir se lhe vale a pena propor a ação. Pelo que, o artigo 1410.º nunca impõe que o obrigado à preferência comunique ao preferente os elementos essenciais da alienação.⁹⁸ Vejamos um exemplo: António que era obrigado a dar preferência a Berto na venda do imóvel arrendado vendeu-o a Carlos, em 10-08-2017, nada comunicando àquele. Berto que só teve conhecimento dos elementos essenciais dessa alinação em 20-08-2017, terá seis meses a contar desta data (e não da outra) para intentar a ação de preferência.

⁹⁶ Cfr. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., pp. 460-462.

⁹⁷ *Idem*, pp. 463 e 464.

⁹⁸ AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., pp. 12 e 13 e AMÉRICO MARCELINO, “Direito de Preferência, e comunicação da alienação”, in *Separata da Revista Scientia Iuridica*, Tomo XXXII, n.ºs 181-183, Braga, Livraria Cruz, 1983, pp. 124 e 125.

Os defensores desta corrente doutrinal ainda sustentam esta interpretação no argumento literal dos artigos citados. Ora, se o legislador pretendesse que o nível de conhecimento do preferente fosse exatamente igual aquando da comunicação para a preferência e aquando do início do prazo de caducidade para intentar a ação de preferência, não teria feito uma distinção entre as duas situações, prevendo que para o primeiro caso deve ser comunicado o “*projeto de venda e as cláusulas do respetivo contrato*” e, para o outro caso, exige o conhecimento dos “*elementos essenciais do contrato*”.

Isto posto, o certo é que o senhorio, na qualidade de obrigado à preferência, deve abster-se de apor na comunicação ao arrendatário para o exercício do direito de preferência cláusulas falsas, com o objetivo de estimular ou desincentivar o seu eventual interesse na celebração do contrato projetado. Conforme diz TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, e bem, “[o] ditame da boa-fé, que impera no cumprimento das obrigações (cfr. o art.º 762.º, n.º 2, do C. C.), impõe ao obrigado à preferência o dever jurídico de se comportar de forma honesta e conscienciosa, de modo a não lesar o legítimo interesse do preferente.”⁹⁹ O vinculado à preferência está, por isso, obrigado a agir segundo os ditames da boa-fé, por forma a não comprometer a integridade do direito do preferente, e a abster-se de adotar comportamentos que limitem ou tornem mais oneroso o exercício do direito por parte do preferente.

A omissão de elementos fundamentais ou a comunicação de elementos falsos ao preferente acarreta a ineficácia da comunicação feita pelo obrigado à preferência.

3.2.1.1. A indicação do terceiro comprador

A questão que se coloca agora é a de saber se o obrigado à preferência deve incluir na comunicação para preferir a identidade do terceiro comprador. Como a lei nada refere acerca disto, originou-se em torno desta questão uma grande controvérsia doutrinal e jurisprudencial. Alguns autores entendem que em nenhuma circunstância há necessidade de identificar na comunicação o terceiro interessado no contrato projetado, outros autores são apologistas dessa necessidade, mas apenas para determinados casos e, finalmente, existem autores que defendem a necessidade de identificar aquele terceiro em todo e qualquer caso.

⁹⁹ TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., p. 455.

TEODORO BASTOS DE ALMEIDA é da opinião que, em termos gerais, a indicação do terceiro adquirente deve ser efetuada na comunicação para a preferência, uma vez que esta exigência decorre do princípio geral da boa-fé e não por se tratar de um elemento essencial da alienação, assumindo especial relevo quando o preferente seja um arrendatário¹⁰⁰. CARLOS LIMA¹⁰¹ é do mesmo entendimento geral e explica que a expressão “*projeto de venda*” do art.º 416.º engloba a indicação do terceiro e o conhecimento pelo preferente da identidade daquele é essencial para a decisão do preferente em exercer ou não o direito de que é titular, especialmente nos casos de compropriedade e de preferência do arrendatário.

Relativamente ao primeiro grupo de casos, não se surpreende que o comproprietário queira saber com quem passará a ter de conviver, pelo que o conhecimento do terceiro previsto como adquirente no negócio projetado pode influenciar significativamente a sua decisão em exercer ou não o direito de preferência.

No que respeita à preferência do arrendatário, a pertinência e relevância prática em indicar o terceiro comprador mantém-se, porquanto, para além de influenciar a decisão do arrendatário em preferir ou não preferir, não lhe será indiferente saber quem será o novo senhorio com quem terá de passar a manter a relação de arrendamento, que se pretende isenta de conflitos. Para além do mais, e como refere ARAGÃO SEIA¹⁰², pode evitar uma possível denúncia do contrato de arrendamento pelo adquirente por necessitar do prédio para habitação própria ou descendente em primeiro grau, ou crises entre o arrendatário e o senhorio. Ainda, o preferente precisa de saber contra quem tem de propor a ação de preferência, se eventualmente tiver fundamento para tal e o desejar. Acresce que, é este também o entendimento que a jurisprudência tem vindo a adotar¹⁰³.

Por outro lado, JANUÁRIO GOMES¹⁰⁴, contrariamente aos autores citados, não faz desta exigência uma regra. Assim como CARLOS LACERDA BARATA que, seguindo o mesmo

¹⁰⁰ TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 456 e 457.

¹⁰¹ CARLOS LIMA, ob. cit., pp. 502 e 503.

¹⁰² ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 318.

¹⁰³ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-05-2010, Processo 229/10.3YRLSB-7, relator Maria do Rosário Morgado, disponível para consulta em www.dgsi.pt: “[n]os casos em que o preferente seja um arrendatário, o obrigado a comunicação para preferência deve identificar o terceiro com quem se ajustou o contrato” e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-01-2011, Processo 4363/07.9TVLSB.L1.S1, relator Salazar Casanova, disponível para consulta em www.dgsi.pt, que refere que se não houver a identificação do terceiro interessado na aquisição, a comunicação é ineficaz.

¹⁰⁴ M. JANUÁRIO C. GOMES, ob. cit., p. 206.

raciocínio, afirma que em tese geral o sujeito passivo não é obrigado a fazer constar da comunicação para preferir a identificação do terceiro comprador, primeiro porque tal não resulta da letra da lei e segundo porque tal elemento é irrelevante para a decisão a tomar pelo preferente¹⁰⁵. Todavia, atribui obrigatoriedade a tal menção na comunicação para preferência apenas e sempre que subsistam relações jurídicas (v.g. em sede de compropriedade e de arrendamento) ou quando o nome de terceiro constitua um dado essencial para a correta formação de vontade de preferir¹⁰⁶.

Em sentido diametralmente oposto, surge OLIVEIRA DE ASCENSÃO e AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO¹⁰⁷ a favor da tese de que não é necessário que ao preferente seja comunicada a identidade da pessoa do terceiro adquirente, reconhecendo todavia o segundo autor que apenas em determinados casos, como a compropriedade, esse elemento pode ser decisivo.

Entende o primeiro autor que “[s]e a comunicação para preferência pode consistir na mera apresentação dos termos abstratos de um contrato, é claro que não tem de acarretar a identificação de um concreto comprador.”¹⁰⁸ Acrescentando que, “[a] comunicação tem de caracterizar o negócio objetiva e não subjetivamente.”¹⁰⁹ Pelo que, quem é o comprador não é cláusula do contrato. Assim, essa obrigatoriedade em identificar esse terceiro não resulta da letra da lei do art.º 416.º, n.º 1 e o vendedor até pode ter um interesse atendível em não identificá-lo.

Não obstante reconhecer importância prática significativa da indicação do terceiro comprador na comunicação para a preferência nas situações de compropriedade, no que respeita ao arrendamento, o ilustre autor considera que a relação do arrendatário com o adquirente não terá a mesma intensidade, uma vez que o arrendatário só tem de decidir se quer ou não adquirir naquelas condições, e não se quer passar a ser arrendatário de certa pessoa. O arrendatário não pode, no seu entendimento, gozar de uma proteção extrema, fazendo com que apenas se tenha em consideração o seu interesse em detrimento do interesse

¹⁰⁵ CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 125

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 126.

¹⁰⁷ AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., pp. 11 e ss.

¹⁰⁸ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Preferência do arrendatário habitacional: notificação, caducidade, renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista... cit.*, p. 691.

¹⁰⁹ *Idem*.

das outras partes. Porquanto, o interesse do arrendatário em conhecer a pessoa do comprador implica que o mesmo consiga antever que esse comprador seja pessoa que presumivelmente quererá pôr termo ao contrato de arrendamento.¹¹⁰

Face ao exposto, a posição que adotamos vai no sentido de que a identificação do terceiro preferente deve ser incluída na comunicação do art.º 416.º, n.º 1, quando seja cognoscível do obrigado à preferência que tal facto pode influenciar a decisão do preferente em exercer ou não o respetivo direito. Cumpre-nos referir que tal indicação não exige uma identificação completa e exaustiva do terceiro interessado em adquirir, bastando indicar o nome da pessoa¹¹¹.

À primeira vista e sem indagarmos a questão, no que respeita à preferência no arrendamento urbano, habitacional ou para fins não habitacionais, somos levados a concluir que a identificação do terceiro é vantajosa para o arrendatário, uma vez que lhe permite saber, se lhe for conhecida, se a pessoa do terceiro adquirente tem intenções de manter a relação de arrendamento e proporcionará uma relação arrendatário-senhorio isenta de conflitos, facto que contribui para sua segurança e estabilidade, sobretudo quando nos referimos ao arrendatário habitacional. E não consideramos que, neste caso, estaremos a proteger apenas o interesse do arrendatário, na medida em que de acordo com o princípio geral da boa-fé, deve todo o processo de preferência ser tramitado com transparência e lealdade, sendo do conhecimento geral que, à partida, o arrendatário é a parte mais fraca da relação jurídica. Ademais, não conseguimos encontrar um motivo atendível para que o senhorio justifique a não identificação do terceiro comparador. Tanto mais que, tal invocação pode potenciar simulações com vista a persuadir a decisão do arrendatário, num processo que se quer transparente.

Há, pelo menos, uma situação em que não há margens para dúvidas de que a indicação do terceiro deve constar da comunicação para a preferência e que sucede no arrendamento para fins não habitacionais. Dispõe o art.º 1112.º, n.º 4, 1.ª parte, que o senhorio tem direito de preferência no caso de trespasse do estabelecimento instalado em imóvel arrendado para fins comerciais, por venda ou dação em cumprimento, salvo se as partes convencionarem no contrato de arrendamento comercial que não assiste ao senhorio direito de preferência nesses

¹¹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 258 e 259.

¹¹¹ Perfilhamos o entendimento de CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 126, nota de rodapé 301.

casos, de acordo com o disposto na parte final desse normativo. De facto, transmitindo-se a posição de arrendatário no caso de trespasse de estabelecimento comercial, nos termos do art.º 1112.º, n.º1, al. a), o senhorio tem todo o interesse em querer saber quem será o seu novo arrendatário, podendo tal facto influir de forma decisiva na sua vontade de preferir.

No entanto, somos obrigados a extrapolar o pensamento e assumir que não defendemos a obrigatoriedade ou a desnecessidade de identificar o terceiro comprador em termos absolutos. De facto, no caso de um arrendatário cuja condição económica seja diminuta, a identificação do terceiro comprador não consistirá num elemento fulcral na decisão de preferir ou não preferir, até ser-lhe-á indiferente. Ademais, não nos podemos olvidar que esse terceiro adquirente sucederá nos direitos e obrigações do locador, permanecendo autêntica a relação de arrendamento existente, nos termos do art.º 1057.º do CCiv. Por isso, esse arrendatário que não quiser ou não puder preferir terá que se sujeitar à alteração subjetiva no arrendamento e às inerentes consequências que possam advir, pois o direito de preferência de que é titular permite-lhe, não proteger-se de um novo senhorio, mas adquirir a propriedade do local arrendado.

Porém, não pode ser o senhorio a fazer tais juízos de valor acerca da pretensão do preferente em não preferir, sobre a disponibilidade financeira do arrendatário e, ainda, da eventual influência da identidade do terceiro na decisão de preferir. Por isso, e socorrendo-nos das infundáveis soluções jurisprudenciais acerca desta questão, consideramos que, no caso em que o senhorio tenha ocultado a identificação do terceiro comprador e essa identificação seja essencial para a decisão do preferente, deve o mesmo solicitar essa informação ao obrigado à preferência, por escrito, para efeitos de prova. E assim, apenas casuisticamente, podemos aferir ou não da necessidade de identificar esse terceiro na comunicação do art.º 416.º.¹¹²

Todavia, há quem defenda que esta avaliação casuística possa trazer insegurança de caso para caso. A questão passará por procurar concretizar o conceito de “motivo atendível para o senhorio ou para o arrendatário”, que será sempre um conceito indeterminado. Por

¹¹² Vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-03-2011, Processo 1113/06.0TBPVZ.P1.S1, relator Moreira Alves, disponível para consulta em www.dgsi.pt, que explica que o prazo de caducidade só se inicia quando o obrigado à preferência tiver fornecido ao preferente informação sobre a identidade do terceiro adquirente.

isso, entendemos que, em caso de dúvida, e enquanto o legislador não solucionar esta questão, deve o senhorio optar sempre por identificar o terceiro comprador.

Finalmente, relativamente a esta questão, cumpre fazer referência às situações em que na sequência da comunicação para a preferência realizada pelo sujeito passivo e da reposta negativa do preferente, no sentido de não querer preferir, não é celebrado o contrato com o terceiro adquirente, surgindo, por sua vez, um novo terceiro que pretende realizar o negócio jurídico projetado nas mesmas condições, já pré-estabelecidas pelo obrigado à preferência e comunicadas e oferecidas ao preferente. Isto posto, coloca-se a questão de saber se o sujeito passivo deve renovar a sua comunicação por se ter mudado a identidade do terceiro comprador. A resposta a esta questão deve ser entendida nos mesmos moldes do que temos vindo a expor relativamente à nossa posição quanto à necessidade de indicação do terceiro comprador na comunicação para preferir. Na realidade, casuisticamente é possível aferir se aquando da realização da (primeira) comunicação para a preferência, essa identificação se travava de um elemento essencial do contrato que podia influir na decisão do preferente, então, pressupõe-se que a mesma continue a ter relevância nesse sentido. Ademais, nada na lei impede o preferente de, face à nova circunstância, declarar agora que pretende preferir, porquanto o direito legal de preferência de que é titular dá-lhe o livre arbítrio de decidir pela aquisição do direito de propriedade sobre o bem preferível.

3.2.2. A comunicação para a preferência como uma proposta contratual: prós e contras

Alguns autores e soluções jurisprudenciais consideram que a natureza da comunicação para a preferência consiste numa verdadeira proposta contratual, considerando que a aceitação do preferente importa, sem mais, a conclusão do contrato e a extinção da preferência¹¹³.

PINTO FURTADO chega mesmo a afirmar que a comunicação para preferir se trata de uma proposta de contrato-promessa de compra e venda (art.º 410.º), que obedece ao estipulado no art.º 228.º. Ademais, se o obrigado à preferência não comparecer à celebração

¹¹³ V.g. o já citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-05-2010, Processo 229/10.3YRLSB-7, relator Maria do Rosário Morgado, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

da escritura pública o preferente tem direito de pedir a execução específica do contrato, nos termos gerais do art. 830.^o¹¹⁴. Discordamos deste entendimento, porquanto a comunicação para a preferência consiste em dar conhecimento do projeto de venda e das respetivas cláusulas, convidando o preferente a preferir se o desejar, enquanto que a promessa de venda consiste num acordo de vontades, através do qual alguém se obriga a celebrar certo contrato, tanto mais que a lei refere-se a “projeto de venda” e não a um projeto de promessa de venda.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA também defendem que a comunicação para a preferência consiste numa proposta contratual quando contém os elementos necessários à decisão do preferente. Sendo certo que, quando o contrato projetado não exija a observância de requisitos formais, ou exija mas a comunicação e a declaração de preferência a tal obedecem, a declaração do preferente aperfeiçoa o contrato. Assim, na eventualidade de exigir do contrato projetado exigir uma forma especial (v.g. escritura pública) e a comunicação e a declaração de preferência forem efetuadas por documento escrito (v.g. carta), entende-se que se conclui um contrato-promessa. Quando a comunicação para a preferência e a declaração do preferente não forem reduzidos a escrito, já não se pode aplicar o regime do contrato-promessa, mas obriga ambos constituem-se na obrigação de contratar, sob pena de ter de indemnizar a parte contrária, nos termos do art.º 227.^o¹¹⁵

Também CARLOS LIMA afirma que a comunicação é uma proposta contratual, consistindo numa proposta de contrato de compra e venda e não uma proposta de contrato-promessa de compra e venda. Para o autor, o contrato reúne dois atos jurídicos unilaterais, a proposta e a aceitação da mesma, que reunidos constituem um negócio jurídico.¹¹⁶

Por outro lado, existe doutrina que rejeita que a comunicação para preferir seja considerada uma proposta de contratar, e com a qual concordamos, embora seja assente em argumentos diferentes¹¹⁷. Para alguns autores, a resposta positiva do preferente à comunicação do obrigado à preferência, nos termos do art.º 416.^o, não equivale a uma

¹¹⁴ JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento...cit.*, vol. II, p.829. O autor abandona, desde logo, a ideia de que a comunicação para a preferência poderia consistir numa notificação, uma vez que a mesma não se limita a dar conhecimento de um facto, mas antes a comunicar um projeto de venda ou de dação em cumprimento com indicação das respetivas cláusulas.

¹¹⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. I, p. 391 – anotação ao artigo 416.^o e TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., p. 463-465.

¹¹⁶ CARLOS LIMA, ob. cit., pp. 504 e ss.

¹¹⁷ Veja-se, por exemplo, M. JANUÁRIO C. GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, 2.^a Edição – Remodelada, Coimbra, Almedina, 1991, p. 205. Para maiores desenvolvimentos, v. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício... cit.*, pp. 427 e ss.

aceitação daquele para contratar. Na verdade, não obstante o preferente ter demonstrado vontade de preferir, tal só acarreta a obrigatoriedade do sujeito passivo celebrar o negócio com aquele. Sendo certo que, o sujeito passivo pode desistir de celebrar o contrato projetado, mesmo depois de o preferente ter declarado que pretendia exercer o seu direito, podendo, nesse caso, ter de responsabilizar o preferente pela frustração das expectativas geradas. Assim, se a comunicação para a preferência se esgota com o próprio ato de comunicar, é impossível que gere vinculação contratual.¹¹⁸

Para outros autores, principalmente aqueles que consideram que a comunicação apenas necessita de conter os elementos essenciais da alienação, a qualificar essa comunicação do art.º 416.º como uma proposta contratual, a mesma teria de conter todos os elementos necessários à perfeição do negócio projetado, porquanto a mera aceitação do preferente permitia que o contrato ficasse consolidado e o exercício do direito de preferência consistiria na celebração da escritura de compra e venda. Estes autores, contrariamente aos primeiros, não sustentam a sua posição no facto de o obrigado à preferência poder desistir da alienação depois da comunicação se ter tornado eficaz ou depois de o preferente ter aceitado exercer o direito, pois não subscrevem essa possibilidade de desistência.¹¹⁹

Acresce que, o dever de realizar a comunicação para preferir (dever e não ónus, conforme resulta da letra da lei do art.º 416.º) decorre da simples imposição legal conjugada dos arts.º 416.º e 1691.º para o senhorio que deseja alienar o local arrendado, nada tendo de contratual.

Finalmente, importa sublinhar que a qualificação da comunicação do art.º 416.º como uma proposta contratual carece de sentido nos casos em que esteja em causa uma venda judicial e quando haja uma pluralidade de preferentes e apenas um é que pode exercer o direito de preferência. No primeiro grupo de casos, o titular do direito de preferência só é notificado do dia, da hora e do local apazados para a abertura das propostas e só poderá exercer o seu direito se alguma das propostas for aceite (cfr. arts. 819.º, n.º 1 e 823.º, n.º 1, ambos do CPC). No segundo tipo de situações, a realização das comunicações sob o enquadramento de propostas contratuais aos diferentes preferentes e a posterior aceitação do

¹¹⁸ AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., pp. 65 e ss.

¹¹⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 257 e 261.

exercício do respetivo direito por mais do que um deles colocaria o obrigado à preferência numa situação de incumprimento contratual.

3.2.3. O autor da comunicação para a preferência

A comunicação para a preferência só pode ser efetuada diretamente pelo obrigado à preferência, pois só este tem legitimidade para tal¹²⁰. Todavia, tal não impede que aquela comunicação seja efetuada por intermédio de mandatário, mas nunca pelo terceiro adquirente. Por outras palavras, a comunicação para o exercício do direito de preferência pelo arrendatário deve ser feita diretamente pelo senhorio ou por seu mandatário.¹²¹

A *ratio* desta regra funda-se no artigo 767.º, n.º 2, por se referir a uma prestação de natureza infungível, uma vez que a sua prestação por terceiro (o terceiro interessado na celebração do contrato objeto de preferência) não satisfaz o interesse do preferente¹²². Tanto mais que, a comunicação efetuada por terceiro que não o obrigado à preferência não despoleta o prazo de caducidade previsto no n.º 2 do art.º 416.º.

3.2.4. O destinatário da comunicação para a preferência

A comunicação para preferência deve ser efetuada ao titular do direito de preferência, sendo efetuada, no caso em apreço, ao arrendatário ou arrendatários, no caso de pluralidade de preferentes. Perante a existência de direitos de preferência concorrentes (vários direitos quantos titulares existirem) ou de contitularidade do direito de preferência (em que o mesmo direito cabe a diferentes pessoas) a comunicação deve ser efetuada a todos os titulares ou contitulares.

Se o direito de preferência pertencer a ambos os cônjuges, devem ambos ser comunicados para exercer a preferência. O artigo 1068.º estipula a comunicabilidade do arrendamento ao cônjuge do arrendatário, sendo que na sua redação atual, introduzida pela

¹²⁰ V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13-02-1996, Processo 087687, relator Miranda Gusmão, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

¹²¹ CARLOS LIMA, ob. cit., p. 501, e TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., p. 450, nota de rodapé n.º 13.

¹²² Vd. CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., pp. 131 e 132, e para maiores desenvolvimentos v. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., pp. 490 e ss.

Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, dispõe que “[o] direito do arrendatário comunica-se ao seu cônjuge, nos termos gerais e de acordo com o regime de bens vigente.”

Anteriormente, a jurisprudência era orientada no sentido de que o senhorio devia dirigir a comunicação a ambos os cônjuges quando ambos tinham outorgado o contrato de arrendamento. No caso de o arrendamento estar constituído em relação apenas a um dos cônjuges, mesmo tratando-se da casa de morada de família, só aquele que figurava como arrendatário é que devia receber a comunicação para a preferência, em virtude do disposto no revogado art.º 83.º do RAU¹²³. Contudo, de acordo com o Assento do STJ, de 25-06-1987, “[c]om a entrada em vigor da Constituição da República de 1976, (...), a notificação para o exercício do direito de preferência deve ser feita a ambos os cônjuges, por aplicação do princípio da igualdade jurídica estabelecido no artigo 36.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa.”¹²⁴

3.2.5. Forma da comunicação para a preferência

A lei é omissa quanto à forma que a comunicação para a preferência deve revestir. Ainda assim, é entendimento geral que essa comunicação pode revestir qualquer forma: pode ser escrita, efetuada por meio de notificação judicial ou extrajudicial¹²⁵. Na verdade o artigo 2019.º consagra o princípio da liberdade de forma.

Sucede que, não prevendo expressamente a lei uma forma específica para a comunicação a que se refere o art.º 416.º, n.º 1, o obrigado à preferência, ou seja, o senhorio, deve efetuar essa comunicação ao arrendatário sob a forma escrita para efeitos de prova, dado que lhe cabe provar a realização da comunicação para preferir, ao abrigo do disposto no art.º 342.º, n.º 2. Regra-geral, a comunicação para a preferência é efetuada extrajudicialmente, mediante carta registada com aviso de receção, mas o obrigado à preferência também pode

¹²³ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-04-2011, Processo 3504/07.0TVLSB.L1-7, relatora Maria do Rosário Morgado, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹²⁴ V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-1987, Processo 072401, relator Solano Viana, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹²⁵ Neste sentido, v. TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., p. 450; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista...* cit., p. 65, e “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., p. 256; CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., pp. 35 e ss. e 95 e ss.; CARLOS LIMA, ob. cit., p. 501.

optar pela notificação judicial, operada através do processo de notificação para a preferência, previsto no art.º 1028.º do CPC, sendo o recurso a esse processo meramente facultativo.

O Processo de notificação para preferência configura um processo de jurisdição voluntária em que o obrigado à preferência (vendedor) requer em juízo a notificação do(s) preferente(s) para declarar se quer preferir. A tramitação deste processo judicial de notificação assegura ao sujeito passivo um meio rápido e seguro para o cumprimento dos seus deveres, decorrentes da relação de preferência.

3.2.6. Consequências da falta da comunicação ou da comunicação irregular

Importa agora analisar o que sucede se a comunicação para a preferência for cumprida de modo deficiente ou inexato ou se não se tiver de todo concretizado. Referimo-nos, pois, ao incumprimento do dever jurídico imposto pelo art.º 416.º, n.º 1, pelo que, tal situação gerará sempre responsabilidade nos termos gerais do direito.

A falta da comunicação a que se refere o art.º 416.º, n.º 1 ou a sua realização irregular impede que se inicie a contagem do prazo para o exercício do direito de preferência, continuando o mesmo a decorrer, sem perigo da caducidade, e o devedor continua vinculado a realizar a comunicação¹²⁶.

Ademais, se não tiver havido comunicação para preferir e o sujeito passivo tiver alienado o bem objeto da preferência, como o direito de preferência do arrendatário configura um direito legal de preferência, o preferente pode intentar uma ação de preferência, nos termos do art.º 1410.º, a partir da qual pode opor o direito que é titular a qualquer adquirente da coisa. De igual modo pode suceder nos casos em que o titular do direito de preferência não seja notificado para exercer o seu direito no caso de venda judicial, podendo o mesmo propor a ação de preferência, no prazo que a lei lhe concede, nos termos do disposto no artigo 819.º, n.º 4 do CPC. A tramitação de tal ação será objeto de análise detalhada no ponto 3.5. da presente dissertação.

¹²⁶ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 511 e M. JANUÁRIO C. GOMES, ob. cit., p. 206.

SECCÇÃO III – Da caducidade e renúncia ao direito e da declaração de preferência

3.3. Da caducidade, da renúncia e da declaração de preferência

3.3.1. Possíveis condutas do preferente

Recebida a comunicação do proprietário/senhorio para exercer o direito de preferência, o arrendatário pode adotar uma de três possíveis condutas. O preferente pode nada declarar, equivalendo o seu silêncio à caducidade do direito de preferência, pode declarar que não pretende contratar de qualquer modo ou nas condições apresentadas, o que equivale à renúncia do respetivo direito, ou pode declarar que pretende contratar nos termos e nas condições anunciadas pelo obrigado à preferência, exercendo o respetivo direito. Assim, analisaremos, de seguida, os efeitos de tais condutas do preferente.

3.3.2. Extinção do direito de preferência

Uma vez recebida a comunicação para a preferência, a que se reporta o art.º 416.º, n.º 1, se o direito de preferência não for exercido pelo preferente, este extingue-se por caducidade ou por renúncia.

3.3.2.1. Por caducidade

Dispõe o n.º 2 do art.º 416.º que “[r]ecebida a comunicação, deve o titular exercer o seu direito dentro do prazo de oito dias, sob pena de caducidade, salvo se estiver vinculado a prazo mais curto ou o obrigado lhe assinar prazo mais longo.” Pelo que, o silêncio por parte do preferente e a conseqüente falta da declaração de aceitação da preferência findo o prazo estipulado legal ou convencionalmente gera a caducidade do respetivo direito (art.º 298.º, n.º 2) e não a simples prescrição, “(...) por ser essa a solução que melhor quadra à necessidade

de definir as relações com a maior brevidade possível, no interesse da segurança do comércio jurídico.”¹²⁷

Neste sentido, estipula o art.º 331.º, n.º 1 que “[s]ó impede a caducidade a prática, dentro do prazo legal ou convencional, do ato a que a lei ou convenção atribua efeito impeditivo.” No que respeita ao direito de preferência, esse facto é o próprio exercício do direito. Por isso, o arrendatário só dispõe de uma única forma para impedir a extinção do respetivo direito de preferir, por caducidade, que é exercendo-o. E exercer o direito de preferência equivale à declaração de preferência, aceitando o negócio jurídico projetado nos termos em que lhe são apresentados pelo proprietário do local arrendado. Qualquer outra atitude do preferente não evita a extinção do direito de preferência, mesmo que aquele remeta algum conteúdo ao proprietário que não seja a aceitação do contrato projetado¹²⁸.

Nos termos do art.º 416.º, n.º 2, “*recebida a comunicação*” inicia-se a contagem do prazo de oito dias, se não for outro o prazo convencional. Ora, ao abrigo do disposto no art.º 224.º, n.º 1, 1.ª parte, a comunicação para a preferência torna-se eficaz quando chega ao poder ou ao conhecimento do preferente, pelo que, é também nesta altura que se considera “*recebida a comunicação*”¹²⁹. Assim, o prazo de caducidade começa a decorrer a partir da data em que a comunicação para a preferência chega ao poder ou ao conhecimento do titular do direito de preferência, sendo certo que a contagem deste prazo é feita nos termos do art.º 279.º Tal significa que, se o preferente não fizer chegar ao poder ou ao conhecimento do sujeito passivo até às 24h do oitavo dia posterior ao dia em que recebeu a comunicação para a preferência a sua declaração de que aceita preferir, o seu direito extingue-se definitivamente por caducidade. Consequentemente, o sujeito passivo tem a faculdade de poder celebrar livremente o contrato projetado com outra pessoa que não o preferente, em iguais condições que lhe oferecera ou em condições mais gravosas.

¹²⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. I, p. 392 – anotação ao artigo 414.º.

¹²⁸ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Preferência do arrendatário habitacional: notificação, caducidade, renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista...* cit., p. 699.

¹²⁹ A expressão “*chegada ao poder ou conhecimento*” do art.º 224.º, n.º 1 tem o mesmo significado do termo “*recebida a comunicação*” do art.º 416.º, n.º 2. Cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p.451.

3.3.2.2. Por renúncia

Contrariamente à caducidade do direito de preferência que implica uma inação do seu titular durante determinado período de tempo, fixado na lei ou estipulado convencionalmente, a renúncia desse direito “(...) efetiva-se através de uma declaração unilateral, em que o titular de um direito exprime a vontade de abdicar dele, sem o atribuir ou ceder a outrem”¹³⁰. Assim, o direito de preferência extingue-se por renúncia “(...) se houver um ato do preferente com esse significado.”¹³¹

A declaração de renúncia ao exercício do direito de preferência não está sujeita a forma especial¹³² (art.º 219.º) e pode ser expressa ou tácita (art.º 217.º, n.º 1). Deve ainda ser uma declaração clara e inequívoca da vontade de não preferir, pois se não for efetuada de modo expreso, deve deduzir-se de factos que, com toda a probabilidade, a relevam, nos termos do art.º 217, n.º 1, *in fine*¹³³. Nos termos do art.º 218.º *a contrario sensu*, o silêncio não vale como declaração negocial, pelo que a abstenção de qualquer comportamento por parte do preferente gera a caducidade do direito e não pode ser entendido como renúncia tácita. Expressões como “não quero comprar”, “não dou mais que tanto”, “nessas condições não pretendo adquirir” equivalem a uma declaração de renúncia. Destarte, a renúncia sobrepõe-se à caducidade dado que uma vez atuada, o direito já não pode caducar pelo decurso do tempo. Ademais, opera imediatamente, não sendo necessário esperar pelo decurso do prazo previsto no art.º 416, n.º 2.

Contudo, deve o sujeito passivo pugnar pela renúncia escrita por parte do preferente, no caso de o mesmo não querer exercer o seu direito de preferência, a fim de se salvaguardar de eventual abuso de direito. Porquanto, efetuada a renúncia verbalmente e alienado, nessa sequência, o local arrendado a terceiro, o preferente, de má-fé, que vem intentar uma ação de preferência dificulta a prova do facto em questão.

¹³⁰ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 209, nota de rodapé n.º 131.

¹³¹ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Preferência do arrendatário habitacional: notificação, caducidade, renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista...* cit., p. 698.

¹³² É entendimento pacífico no seio da doutrina: MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 209, nota de rodapé n.º 131 e CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 138.

¹³³ Veja-se também neste sentido, ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 322.

No caso dos titulares do direito de preferência serem dois cônjuges, a renúncia tem de ser efetuada por ambos. Sendo certo que, tal como a comunicação para preferir, só pode ser efetuada pelo (s) titular (es) do direito de preferência ou por seu mandatário. Por seu turno, só pode ser feita perante o obrigado à preferência, uma vez que se for feita perante um terceiro que não o represente é ineficaz¹³⁴.

Cumprе evidenciar que a renúncia só é admissível quando tenha havido a comunicação para a preferência, efetuada nos termos do art.º 416.º, n.º 1, por parte do sujeito passivo. Não é possível que o preferente renuncie antecipadamente ao direito de preferência, na medida em que a renúncia só se pode verificar caso a caso, face a qualquer situação concreta, e não em termos abstratos e indiscriminados¹³⁵. Em relação às preferências convencionais, dotadas ou não de eficácia real, admite-se uma renúncia antecipada e genérica pelo preferente, sendo certo que há que ter em consideração algumas situações.

Agora imaginem-se situações intermédias, nas quais o titular do direito de preferência, tendo conhecimento prévio de que o sujeito passivo pretende alienar a coisa objeto de preferência, comunica-lhe antecipadamente que não pretende exercer o seu direito independentemente do preço da alienação ou de quem é o terceiro adquirente e, nessa sequência, o obrigado à preferência aliena o bem objeto da preferência a um terceiro. Abusaria de direito, ao abrigo do disposto no art.º 334.º, o preferente que viesse intentar a ação de preferência com fundamento na falta de comunicação pelo vinculado à preferência e admiti-lo significaria admitir ao preferente a possibilidade de *venire contra factum proprium*. Na verdade, o preferente pode vir a mudar de ideias, eventualmente porque a sua capacidade financeira melhora, ou até pode suceder que a venda seja feita a um preço muito reduzido daquele que o preferente pensava ser o valor da coisa, por isso, entendemos que a renúncia ao direito de preferência deve ter lugar casuisticamente, para cada comunicação para preferir.

É certo que pode suceder-se que a situação de que proprietário pretende alienar o local arrendado mas ainda não tenha efetuado a comunicação do art.º 416.º, n.º 1, e o arrendatário

¹³⁴ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 212, nota de rodapé n.º 135.

¹³⁵ Neste sentido v. TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 460-462 e CARLOS LIMA, ob. cit., p. 515. Não é este, todavia, o entendimento de JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO. O autor defende a independência da renúncia e da comunicação para a preferência, no sentido de que a validade de uma renúncia em nada depende da prévia e válida comunicação para preferir. Cfr. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Preferência do arrendatário habitacional: notificação, caducidade, renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista...* cit., pp. 702 e ss.

tenha conhecimento casual do projeto de venda e espontaneamente declare que não quer preferir. Todavia, tal renúncia não é válida nem eficaz em virtude de não ter havido uma regular comunicação ao titular da preferência.¹³⁶

Em sentido oposto, OLIVEIRA ASCENSÃO considera que o conhecimento por outro meio pelo preferente substitui a realização da comunicação devida a que se refere o art.º 416.º, n.º 1. Pelo que, se o preferente obteve o conhecimento do propósito de venda e do seu projeto e agiu, quer positiva ou negativamente, não pode depois vir invocar a carência da comunicação para a preferência, pois o seu conhecimento supre a comunicação faltosa. Ademais, se o preferente teve conhecimento do projeto de venda pelo alienante e por outra via o conhecimento da identidade do terceiro comprador e tenha renunciado ao exercício do direito de preferência, está o mesmo impedido de impugnar o negócio realizado com o fundamento de não ter sido informado do nome do comprador, porquanto a sua renúncia operou com pleno conhecimento de todos os elementos essenciais do contrato projetado.¹³⁷

PINTO FURTADO vem aventado a posição de que pese embora o obrigado à preferência não pormenorize todos os elementos do contrato e o preferente adiante abertamente que não pretende preferir, não pode este, posteriormente, vir reclamar o exercício do seu direito. Além de o preferente não ter exigido o conhecimento dos elementos em falta, respondeu que não estava interessado em preferir. Ora, admitir-se tal situação seria sancionar um *venire contra factum proprium*.¹³⁸

O silêncio do arrendatário ou a sua declaração no sentido de que em princípio não está interessado na aquisição do local arrendado por não dispor de verba necessária neste momento, ou simplesmente a sua declaração de renúncia sem mais, tem por efeito a extinção do direito de preferência tal como foi configurado na comunicação para preferir. Todavia, tal não significa que alteradas as condições anunciadas, o arrendatário não possa agora, nas atuais circunstâncias, exercer o seu direito de preferência pelas “novas” condições.

Na verdade, se o arrendatário não prefere, então o proprietário tem liberdade para celebrar o contrato projetado com um terceiro naquelas condições mínimas, não podendo negociar em condições mais favoráveis. Pelo que, deve fazê-lo num prazo razoável, que se

¹³⁶ Posição que é adotada pela jurisprudência, v. g., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-02-2003, Processo 0250463, relator Oliveira Abreu, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

¹³⁷ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 264 e 265.

¹³⁸ JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento...* cit., vol. II, p. 845.

deve entender como o tempo necessário à conclusão do negócio jurídico projetado ou o tempo que não é de presumir que as condições do preferente se tenham alterado de maneira a fazê-lo mudar de vontade. Aliás, se as modificações foram suscetíveis de alterar a decisão do preferente, o proprietário terá novamente de oferecer a preferência ao arrendatário¹³⁹.

3.3.3. Da declaração de preferência

3.3.3.1. Conteúdo da declaração de preferência

Ao invés do preferente se remeter ao silêncio, fazendo caducar o seu direito, ou emitir uma declaração de renúncia, pode o mesmo exercê-lo mediante a declaração de preferência.

Contrariamente à comunicação para a preferência, a declaração do preferente não tem um conteúdo expressamente obrigatório, tanto é que a lei nada dispõe acerca disso. De qualquer modo, a declaração de preferir nos termos e nas condições apresentadas pelo sujeito passivo deve ser clara, inequívoca e sem reservas¹⁴⁰. Isto é, o sujeito passivo deve declarar de modo objetivo e sem ambiguidades que quer preferir, pois “[o] art.º 236.º, n.º 1, atribui o risco do uso linguístico ao declarante, uma vez que ele dispõe de todos os meios para se fazer entender”¹⁴¹. Porquanto, o preferente, enquanto declarante, tem “(...) o ónus de se expressar com clareza sobre o sentido da sua vontade (...)”¹⁴².

Conforme já referido *supra* (cfr. ponto 3.3.2.1.), qualquer tentativa do preferente em tentar negociar o conteúdo do contrato ou em dar respostas que caiam numa nuvem cinzenta com o intuito de ganhar tempo pode levar à caducidade do direito de preferência. De facto, está nas disponibilidades das partes fazer e receber sugestões. Mas qualquer sugestão do preferente ao proprietário não equivale ao exercício do direito pelo preferente¹⁴³.

¹³⁹ Neste sentido veja-se, CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 141 e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., p. 260.

¹⁴⁰ Vide ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 322; CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 142.

¹⁴¹ HEINRICH EWALD HÖRSTER, ob. cit., p. 510.

¹⁴² AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 522.

¹⁴³ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Preferência do arrendatário habitacional: notificação, caducidade, renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista...* cit., p. 707: “Uma carta escrita ao proprietário, quaisquer que sejam os seus termos, só impede o efeito da caducidade se contiver a aceitação do negócio.”

Existem situações em que o preferente pode aceitar preferir mas não pelo preço comunicado pelo proprietário ou, querer preferir mas não naquele momento ou, casos em que pode pedir mais informações e/ou esclarecimentos ao sujeito passivo, como a data prevista para a celebração do contrato projetado, o cartório notarial onde será outorgada a escritura pública, a área do prédio, o meio de pagamento, entre outros, que consistem apenas em esclarecimentos de execução e que não influenciam a decisão¹⁴⁴. Sucede que, a comunicação para a preferência, como já tivermos oportunidade de analisar, contém todos os elementos objetivos e essenciais para o preferente poder decidir se exerce ou não exerce o seu direito de preferência. Nessa medida, o titular do direito tem todas as condições para poder declarar de forma direta e clara se está interessado em exercer efetivamente o seu direito, sob pena de a falta de concretização da sua intenção provocar a caducidade do respetivo direito.

De entre os vários exemplos colhidos na jurisprudência, mormente o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-03-2011, Processo 1113/06.0TBPVZ.P1.S1, e de acordo com os argumentos aí apresentados (cfr. ponto 3.2.1.1.), quando o preferente solicite uma informação adicional que seja essencial para a formação da sua vontade de preferir, nomeadamente a identidade do terceiro adquirente, o prazo de caducidade só se inicia quando o sujeito passivo prestar essa informação. Ademais, OLIVEIRA ASCENSÃO defende que um pedido de esclarecimentos, desde que fundado, abre um novo prazo que começa a correr a partir da resposta do proprietário. Sobretudo porque “[o] ato de pedir esclarecimentos, para preparação de um negócio com a gravidade de uma aquisição imobiliária, é um ato normal e justificado.”¹⁴⁵

Ora, fazer interromper o prazo de caducidade sempre que o preferente interpele o obrigado à preferência para a prestação de informações importantes para a formação da sua vontade pode abrir caminho a manobras dilatórias, quiçá para levar à desistência de um terceiro interessado. Tanto mais que, tendo o sujeito passivo cumprido corretamente o seu dever de comunicar, o artigo 416.º, n.º 2 não prevê a suspensão ou caducidade do prazo de caducidade. Por isso, aquele autor afirma que toda a atuação do preferente contrária à boa-fé encontra-se excluída, porquanto a situação tem de ficar esclarecida num prazo muito breve.

¹⁴⁴ A este propósito v. o parecer do Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Direito de Preferência”, in *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo 1, Ano IX, Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, 1984.

¹⁴⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., p. 263.

Por fim, saliente-se que declaração de preferência é realizada eficazmente quando efetuada pelo titular do direito de preferir ou por mandatário seu com poderes de representação.

3.3.3.2. Prazo para a declaração de preferência

Recebida a comunicação para a preferência e tendo tomado conhecimento dos termos e condições do contrato projetado, o preferente pode exercer o seu direito de preferência mediante a declaração de preferência, que deverá ter lugar nos prazos indicados (cfr. ponto 3.3.2.1. *supra*), sob pena de caducidade do respetivo direito.

A declaração de preferência constitui uma declaração recetícia, porquanto para ser eficaz, nos termos do art.º 224.º, n.º 1, deverá chegar ao poder ou ao conhecimento do sujeito passivo antes de esgotado o prazo para o exercício do direito de preferir.

3.3.3.3. Forma da declaração de preferência

Tal como a comunicação para a preferência, a declaração de preferência também não exige forma especial, sendo aplicável a regra da liberdade de forma, consagrada no art.º 219.º para as declarações negociais, em geral¹⁴⁶.

3.3.3.4. Efeitos da declaração de preferência

No momento da eficácia da declaração de preferência produzem-se os respetivos efeitos que, por sua vez, variam de acordo com a natureza que se atribui à comunicação para a preferência e à declaração. Se se atribuir ao conteúdo da obrigação da preferência uma natureza positiva (*facere*), a declaração de preferência, quando eficaz, e emitida na sequência da realização regular da comunicação para a preferência, gera no sujeito passivo a obrigação de contratar com o preferente. Para os que entendem que a obrigação de preferência tem um

¹⁴⁶ É o que tem sido sustentado pela doutrina, veja-se, por exemplo, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 519, CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 142 e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista...* cit., p. 65.

conteúdo negativo (*non facere*), a declaração de preferência despoleta no sujeito passivo a obrigação de abster-se de contratar com terceiros.

Ademais, de acordo com o que temos vindo a expor, com a declaração de preferência pode haver lugar à celebração do contrato definitivo ou de um contrato-promessa, sobretudo para aqueles que entendem que, a comunicação para a preferência tem a natureza de proposta contratual e a declaração de preferência seja a aceitação desta, ou, em sentido oposto, se o preferente declarar não querer preferir ou nada disser, a não celebração de qualquer negócio jurídico.

Sufragamos o entendimento de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES¹⁴⁷ e MANUEL HENRIQUE MESQUITA¹⁴⁸ no sentido de que após a comunicação para a preferência, se o preferente declarar de modo inequívoco e tempestivamente que quer exercer o direito de preferência, o sujeito passivo fica constituído no dever de contratar com aquele. Com efeito, o preferente tem direito à celebração do contrato projetado nos mesmos termos em que o sujeito passivo negociou com certo terceiro, os quais coincidirão com o projeto de venda e as cláusulas do respetivo contrato da comunicação para a preferência, se a mesma foi feita regularmente. Assim, o preferente terá prioridade na celebração do contrato sobre o terceiro adquirente em paridade de condições que essa pessoa estava disposta a aceitar.

Esse dever de alienar a cargo do sujeito passivo, isto é, a efetiva concretização do negócio jurídico preferível deve ter lugar em prazo razoável, sendo certo que, se não for estipulado nenhum prazo para a celebração do contrato projetado entre as partes ou pelo sujeito passivo na comunicação para a preferência, são aplicáveis as regras gerais do artigo 777.º do CCiv¹⁴⁹.

Isto posto, coloca-se agora a questão de saber que eficácia tem o dever de contratar do vinculado à preferência, ou seja, qual a consequência da não celebração do contrato projetado entre o sujeito passivo e o preferente depois de recebida por aquele a declaração de preferência deste. Alguma doutrina considera que este dever de contratar a cargo do sujeito passivo trata-se de um dever com eficácia meramente obrigacional, pois a eficácia absoluta só surge quando o sujeito passivo contrate com terceiro, violando o seu dever. Assim, o

¹⁴⁷ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *Exercício...* cit., p. 541.

¹⁴⁸ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., pp. 212 e 213.

¹⁴⁹ Neste sentido v. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *Exercício...* cit., pp. 587 e 588, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. I, p. 391 – anotação ao artigo 416, CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 145.

preferente não tem o direito de exigir ao sujeito passivo a celebração do contrato projetado, tem antes o direito ao contrato projetado. OLIVEIRA ASCENSÃO defende que o sujeito passivo não pode desistir do projeto de venda nem antes, nem depois da comunicação. Pelo que, sendo uma obrigação contratar com o preferente nas condições que enunciou, se desistir terá de o indemnizar em perdas e danos.¹⁵⁰ Sendo que, é este o entendimento que também perfilhamos.

Alguma doutrina nacional assume também que nasce um dever para o preferente de celebrar esse contrato com o sujeito passivo. É o caso de HENRIQUE MESQUITA E TEODORO BASTOS DE ALMEIDA¹⁵¹, que defendem que há uma obrigação recíproca de celebrar o contrato projetado¹⁵². MANUEL HENRIQUE MESQUITA considera que o exercício do direito de preferência consiste numa “(...) declaração de vontade do respetivo titular, dirigida ao sujeito vinculado à preferência (...)”¹⁵³, fazendo nascer neste a obrigação de realizar o contrato projetado com o preferente. Após o preferente ter declarado que pretende exercer o seu direito, este não fica apenas com o direito de exigir a celebração do negócio jurídico projetado, mas também com a obrigação de o celebrar com o obrigado à preferência¹⁵⁴. Assim, se o preferente aceitar preferir, o sujeito passivo tem necessariamente de celebrar o negócio jurídico com aquele, pelo que, a declaração positiva do preferente é quanto basta para que haja a obrigação de celebrar o contrato de compra e venda ou a dação em cumprimento. Ambos ficam, por isso, reciprocamente obrigados à celebração do contrato projetado.

Em sentido oposto, referem, e bem no nosso entender, CARLOS LIMA¹⁵⁵ e AGOSTINHO CARDOSO GUEDES que o preferente não fica constituído nessa obrigação, pelo que, se desistir da celebração do contrato projetado origina a caducidade do direito de preferência, mas pode

¹⁵⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., p. 261. Neste sentido, veja-se também CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 145.

¹⁵¹ TEODORO BASTOS DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 462-463. O autor defende que efetuada a comunicação para a preferência e tendo o preferente declarado pretender exercer o seu direito de preferência, passa a poder exigir do vinculado à preferência a realização do negócio jurídico projetado, assim como o próprio preferente tem também a obrigação de celebrar esse contrato.

¹⁵² MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 213, nota de rodapé n.º 137.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 212.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 212 e 213.

¹⁵⁵ CARLOS LIMA, ob. cit., pp. 506-508.

ser obrigado a ressarcir os danos causados ao sujeito passivo por ter confiado na sua palavra, nos termos do art.º 227¹⁵⁶.

Face ao exposto, a questão que, por fim, se coloca é a de saber se é possível que o preferente recorra à execução específica (art.º 830.º do CCiv) da obrigação de contratar. OLIVEIRA ASCENSÃO considera que só se aplica aos casos em que se entenda que a comunicação e a declaração de preferência formam um contrato-promessa ou àqueles em que existe uma obrigação de negociar, independentemente da sua origem¹⁵⁷. HENRIQUE MESQUITA defende a aplicação desta figura diretamente nesses casos e por aplicação analógica nos restantes¹⁵⁸.

3.3.3.5. Natureza da declaração de preferência

Para a doutrina e jurisprudência que entende que a comunicação para a preferência é uma proposta contratual, consideram, por isso, que a declaração de preferência destina-se, como se disse, a aperfeiçoar o contrato projetado ou a concluir um contrato-promessa. Pelo que, remetemos para as considerações oportunamente expostas¹⁵⁹. Em síntese, se as exigências de forma forem observadas pela comunicação para a preferência, que consiste na proposta contratual, e pela declaração de preferência, que se traduz na respetiva aceitação, conclui-se, deste modo, um contrato. Caso contrário, se não obedecerem aos requisitos formais nasce para ambos uma obrigação de contratar.

Todavia, como já tivemos oportunidade de referir, não consideramos que a comunicação para a preferência consubstancie uma proposta contratual e que a declaração de preferência traduza sempre uma aceitação, pelo que, divergindo na qualificação jurídica da comunicação para a preferência, naturalmente, que a natureza e, conseqüentemente, os efeitos da declaração de preferência se distingam da tese enunciada.

¹⁵⁶ V. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *Exercício...* cit., pp. 557 e 560 e ss. Sufragando o dever do preferente de indemnizar o sujeito passivo, veja-se também CARLOS LACERDA BARATA, ob. cit., p. 145.

¹⁵⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., p. 261.

¹⁵⁸ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 214, nota de rodapé n.º 137.

¹⁵⁹ Cfr. ponto 3.2.2. supra.

A declaração de preferência é uma declaração recetícia, mediante a qual é exercido o direito de preferência do seu titular, e sendo tempestiva e, conseqüentemente, eficaz, constitui para o sujeito passivo a obrigação de, como se disse, celebrar o contrato projetado.

SECCÇÃO IV – Violação e tutela do direito de preferência do arrendatário

3.4. Violação da preferência com simulação do preço

A simulação do preço quando relacionada com o exercício do direito de preferência do arrendatário é uma questão que merece especial atenção dada a sua frequência neste tipo de situações.

Antes de mais, cumpre referir que o art.º 240.º, n.º 1 estipula que a simulação consiste num acordo entre declarante e declaratário, havendo divergência entre a declaração negocial e a vontade do declarante, no intuito de enganar terceiros. Dispõe o n.º 2 do citado artigo que o negócio simulado é nulo. Ora, esses terceiros, de boa-fé, são os que estão protegidos pelo art.º 243.º, n.º 1, que estabelece que “[a] nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé.” A boa-fé, nos termos do n.º 2 desse preceito legal, consiste “na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos”. Pelo que, o preferente que estiver nestas condições está de boa-fé e, conseqüentemente, é-lhe inoponível o negócio simulado. Em suma, a simulação não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

De facto, a simulação surge associada às situações em que o alienante e terceiro simulem um preço anormalmente elevado e superior ao real para desanimar o preferente e desincentiva-lo a exercer a preferência, quando o mesmo até estaria interessado mas pelo preço normal. O negócio simulado também abrange as situações em que o alienante e terceiro fingem uma doação, quando na verdade entre eles é celebrado um contrato de compra e venda, e nessa situação o preferente não pode sequer exercer o seu direito de preferência. Ora, dúvidas não existem de que os cenários traçados enquadram os preferentes na definição de terceiros que têm legitimidade para arguir a nulidade do negócio simulado.

Ademais, também ocorrem situações nas quais o preço real é mais alto que o preço simulado, ou seja, as partes declaram falsamente um preço mais baixo que o real. Importando, por isso, averiguar se, nestas situações, o interesse dos terceiros que são titulares de um direito de preferência é digno de ser abrangido pelo regime da inoponibilidade consagrado no art.º 243.º. Imagine-se que o proprietário aliena o imóvel a terceiro, sem oferecer a preferência ao arrendatário, pelo preço de €170.000,00, quando o referido imóvel realmente vale €200.000,00. Nesta situação, o vendedor iria ser menos tributado em mais-valias e o comprador iria pagar menos IMT (Imposto Municipal sobre Transmissões Onerosas de Imóveis). Pelo que, o único terceiro a sair prejudicado com tal simulação é o Fisco (Estado), ou seja, o acordo simulatório não visou prejudicar o titular da preferência.

O âmbito a atribuir aos terceiros de boa-fé inclui apenas os prejudicados com o negócio simulado, sendo que o único lesado é o Estado, pois o terceiro preferente nem beneficia, nem é prejudicado. Ora, ao conferir proteção ao titular do direito pode o mesmo estar a beneficiar de um regime que foi feito para proteger vítimas, terceiros que o acordo simulatório visou efetivamente prejudicar¹⁶⁰. Nesse sentido, não faz sentido aplicar o regime do art.º 243.º ao preferente, pois quem lucra ou pretende lucrar com o preço simulado é o comprador, na medida em que é ele que tem de pagar o imposto respetivo, sendo, por via disso, como se disse, o Estado (Fisco) o único terceiro prejudicado. Daí que seja totalmente descabido conceder ao preferente o regime da inoponibilidade da simulação.

Igual pensamento aplica-se às situações em que o senhorio depois de comunicar ao arrendatário que vai proceder à venda do imóvel arrendado, indicando-lhe um preço simulado mais baixo que o preço real, e o arrendatário declarar não preferir, celebra o negócio jurídico com o terceiro adquirente por esse preço.

O facto de o proprietário declarar ao preferente que quer vender por um preço que não é verdadeiro, tem como principal intuito enganar o Fisco, e não propriamente o arrendatário, porque se quisesse enganar o arrendatário indicar-lhe-ia até um preço superior ao real para o fazer desistir da preferência, como vimos. No entanto, comunicando o senhorio um preço mais baixo que o real, por estar convencido que o arrendatário não está interessado

¹⁶⁰ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Simulação e Tutela de Terceiros*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988, pp. 75 e 76, e AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., pp. 97-100.

ou que não tem condições económicas para exercer o seu direito, pode suceder que o arrendatário venha efetivamente a preferir. Porquanto, aquele preço agradou o preferente ou, quiçá, por influências de terceiros, que lhe disponibilizaram o preço que deveria depositar, na eventualidade de até ser um terceiro que pretenda ficar com o prédio.

Assim sendo, não pode o proprietário vir invocar que o preço oferecido era simulado, pretendo anular a sua comunicação para a preferência, retratando-se. Pelo que, terá mesmo que vender o prédio ao arrendatário pelo preço declarado. A menos que seja conhecido pelo preferente que o preço declarado era simulado, havendo, nessa hipótese, má-fé do arrendatário.¹⁶¹

Ante o exposto, as situações de violação da preferência por simulação do preço da coisa objeto de preferência terão influência no valor a considerar para efeitos de depósito do preço devido no âmbito da ação de preferência, como veremos adiante.

3.5. Tutela do direito de preferência do arrendatário: a ação de preferência

Existem várias hipóteses de incumprimento dos deveres emergentes da relação de preferência que configuram uma violação do direito de preferir que assiste ao arrendatário. Na verdade, quando o obrigado à preferência não tenha cumprido o dever de comunicação previsto no art.º 416.º, n.º 1; ou, tenha cumprido defeituosamente esse dever, realizando a comunicação com um conteúdo diferente do devido e que não corresponda verdadeiramente ao negócio ajustado com o terceiro, ou omitindo propositadamente algum aspeto relevante; ou, ainda, tenha cumprido a obrigação de dar preferência nos devidos termos, mas tenha realizado o contrato projetado com o terceiro sem aguardar pela resposta do preferente ou ignorando a sua vontade expressa de preferir, o titular do direito de preferência dispõe de respetivos meios de tutela.

Os meios de tutela à disposição do preferente são essencialmente de dois tipos: o arrendatário tem direito a ser ressarcido dos danos que o incumprimento definitivo ou o cumprimento defeituoso da comunicação para a preferência lhe tenha causado¹⁶², através de ação de responsabilidade civil, podendo ainda, intentar uma ação judicial, *maxime*, ação de

¹⁶¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 266 e 267.

¹⁶² Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 217 e AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., pp. 589 e ss.

preferência, que lhe permite haver para si a coisa alienada e cujos requisitos e efeitos jurídicos serão explicados *infra*.

O recurso à denominada ação de preferência não se pode confundir com o regime estabelecido para o processo judicial de notificação para a preferência, previsto e regulado no art.º 1028.º do CPC. De facto, a primeira é desencadeada pelo preferente e o segundo é desencadeado pelo sujeito passivo, no cumprimento do seu dever de comunicação para a preferência previsto no art.º 416.º do CCiv e permite uma definição célere e clara da situação jurídica em apreço. Por sua vez, o disposto no n.º 2, *in fine* e no n.º 4 do art.º 1028.º do CPC¹⁶³, que atribui ao preferente o bem sujeito à preferência mediante a adjudicação, no caso de não ter sido celebrado o contrato no prazo previsto legalmente. Tal especificidade constitui um momento possível deste processo judicial de notificação mas não necessário, contrariamente à ação de preferência que verifica-se sempre que o pedido do preferente é procedente.

3.5.1. Pressupostos do recurso à ação de preferência

O artigo 1091.º, n.º 4 remete expressamente para o artigo 1410.º que estatui que “ [o] comproprietário a quem não se dê conhecimento da venda ou da dação em cumprimento tem o direito de haver para si a quota alienada, contanto que o requeira dentro do prazo de seis meses, a contar da data em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação, e deposite o preço devido nos 15 dias seguintes à propositura da ação.”

Daqui resulta que, a letra da lei estipula que são dois os pressupostos para o recurso à ação de preferência no caso de violação do direito de preferência do arrendatário: ter o sujeito passivo vendido ou doado em cumprimento o local arrendado a terceiro e ter essa venda ou dação em cumprimento ocorrido sem que o mesmo sujeito passivo tenha realizado a comunicação de tal facto ao preferente. Todavia, a norma carece de uma interpretação

¹⁶³ Artigo 1028.º, n.º 2 do CPC: “Querendo o notificado preferir, deve declará-lo dentro do prazo indicado nos termos do número anterior, mediante requerimento ou por termo no processo; feita a declaração, se nos 20 dias seguintes não for celebrado o contrato, deve o preferente requerer, nos 10 dias subsequentes, que se designe dia e hora para a parte contrária receber o preço por termo no processo, sob pena de ser depositado, podendo o requerente depositá-lo no dia seguinte, se a parte contrária, devidamente notificada, não comparecer ou se recusar a receber o preço.”

Dispõe o n.º 4 do citado artigo que, “[p]ago ou depositado o preço, os bens são adjudicados ao preferente, retrotraindo-se os efeitos da adjudicação à data do pagamento ou depósito.”

extensiva, não podendo ser entendida no seu sentido literal, na medida em que os casos em que o sujeito passivo tenha pura e simplesmente omitido a comunicação não são os únicos que legitimam o recurso à ação de preferência.

Assim, relativamente a esse pressuposto importa ressaltar que o preferente também pode recorrer à ação de preferência quando o sujeito passivo cumpre a sua obrigação de comunicação mas não aguarda que o titular do direito se pronuncie e aliena a terceiro, ou quando o sujeito passivo cumpre o seu dever de comunicação, e após ter recebido a declaração de preferência do preferente aliena, mesmo assim, a terceiro. Ou, ainda, quando o sujeito passivo realiza uma comunicação irregular ao preferente, ou seja, comunica-lhe cláusulas diferentes das que indicou ao terceiro adquirente, por exemplo, quando o preço seja simulado.¹⁶⁴

Por outro lado, a norma prevê expressamente que o preferente pode lançar mão desta ação quando não tenha tido conhecimento da “*venda ou da dação em cumprimento*”. Na verdade, deve entender-se que o legislador refere-se à comunicação “*do projeto de venda*” e das “*cláusulas do respetivo contrato*”, isto é, o conteúdo da comunicação para a preferência a que se reporta o art.º 416.º, n.º 1.

Quanto ao primeiro pressuposto, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES considera que o recurso à ação de preferência não se restringe apenas aos casos em que tenha havido alienação do bem objeto de preferência a terceiro¹⁶⁵. Isto é, se o sujeito passivo omitiu a comunicação, ou realizou-a irregularmente ou, tendo-a realizado regularmente não esperou pela resposta do preferente ou ignorou-a quando a mesma foi no sentido de querer preferir, o preferente pode recorrer à ação de preferência para obter o cumprimento coercivo do seu direito, ainda que o sujeito passivo não tenha realizado qualquer contrato com terceiro. Assim, em qualquer um destes casos, o preferente não necessita de esperar pela alienação ao terceiro adquirente. Opinião que, contudo, não merece o nosso acolhimento. De facto, enquanto o sujeito passivo não alienar o bem objeto da preferência ao terceiro adquirente, entendemos que o preferente somente possa lançar mão da ação de responsabilidade civil, com vista a ser ressarcido, nos termos gerais do direito, dos danos que eventualmente o sujeito passivo lhe tenha causado.

¹⁶⁴ Neste sentido, v. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., pp. 627 e 628, e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 375 – anotação ao artigo 1410.º e CARLOS LIMA, ob. cit., pp. 511 e 512.

¹⁶⁵ V. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 629 e ss.

Tanto mais que, conforme veremos adiante, tendo a ação de preferência como principal efeito a substituição do terceiro adquirente pelo preferente, na medida em que o preferente tem o direito de haver para si a coisa alienada, na falta de alienação do bem ao terceiro, não pode, pois, concretizar-se o efeito da ação de preferência.

3.5.2. Prazo de caducidade

Estipula o artigo 1410.º, n.º 1 que o preferente dispõe do prazo de seis meses para interpor a ação de preferência, sendo que a contagem de tal prazo se inicia a partir do conhecimento pelo titular do direito de preferência dos elementos essenciais da alienação. Assim, não basta que o preferente saiba que a alienação a terceiro se realizou, é preciso que o mesmo conheça os elementos essenciais do contrato realizado¹⁶⁶.

Trata-se, pois, de um prazo de caducidade, conforme resulta do artigo 298.º, n.º 2 do CCiv. Com efeito, para que o direito de preferência não caduque é necessário que o preferente intente a respetiva ação durante esse período de tempo, sob pena de ver perdido o seu direito. Isto significa que ao art.º 1410.º, n.º 1 impede o exercício do direito de preferir a todo o tempo, no caso de não ter havido a comunicação a que se refere o art.º 416.º, n.º 1. Ora, como este pressuposto do recurso à ação de preferência tem de ser interpretado extensivamente, tal como vindo de expor no ponto anterior, nas situações em que a comunicação não tenha sido regularmente efetuada e o sujeito passivo tenha alienado o bem objeto da preferência a terceiro, e nos casos em que tenha havido comunicação regular para a preferência e não obstante a resposta positiva do preferente, o sujeito passivo tenha alienado o bem a terceiro, o preferente pode recorrer à ação de preferência dentro do prazo de seis meses, sendo também aplicável o previsto no art.º 1410.º, n.º 1.

Este prazo de caducidade não pode ser alargado ou encurtado por convenção entre as partes na medida em que, este regime é fixado taxativamente na lei, tratando-se de matéria excluída da disponibilidade dos contraentes. Pelo que, nos termos do art.º 333.º, n.º1 do CCiv pode, e deve, o tribunal conhecer oficiosamente da extinção do direito de preferência.

¹⁶⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 372 – anotação ao artigo 1410.º e AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 646.

Relativamente aos elementos essenciais cujo conhecimento importa para iniciar a contagem do prazo de caducidade da ação de preferência, em conformidade com o que já referimos atrás, a doutrina e a jurisprudência definem esses elementos como sendo os fatores que são capazes de influir na formação da vontade de preferir ou não. Sendo certo que existem divergências quanto à classificação de alguns elementos como essenciais ou não essenciais, para esse efeito. De qualquer modo, não podemos negar que a locução “*elementos essenciais da alienação*”, prevista no art.º 1410.º, n.º 1, designa uma realidade mais fácil de ser alcançada, por ser menos exigente e menos vasta, que a expressão “*projeto de venda e cláusulas do respetivo contrato*” a que se refere o conteúdo da comunicação para a preferência do art.º 416.º, n.º 1. O conhecimento dos elementos essenciais da alienação que se exige ao preferente não pode ser mais abrangente do que a realidade visada pela lei no seu art.º 416.º, n.º 1, pelo que, a locução em apreço não traz discussões maiores. Porquanto, se a lei exigisse o conhecimento das cláusulas do contrato celebrado, o preferente poderia alegar o desconhecimento da totalidade enquanto lhe conviesse, prolongando o prazo de caducidade quase indefinidamente, ou então poderia ser manifestamente injusto por não conseguir descobrir todas as cláusulas, prolongando indesejadamente a propositura da referida ação.

Destarte, destacam-se como elementos essenciais da alienação já efetuada, a identificação do bem alienado, o preço, as condições do seu pagamento e, em alguns casos, a pessoa do adquirente, como é o caso do preferente arrendatário. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA consideram que ao arrendatário, titular do direito de preferência, não lhe é indiferente a pessoa do senhorio, uma vez que ambos se encontram ligados por uma relação jurídica da qual decorrem, para ambos, direitos e obrigações¹⁶⁷.

Cumpre referir que, em caso de simulação do preço do bem objeto da preferência para colocar de fora da corrida o preferente, constando na escritura de compra e venda um preço superior ao real, HÉLDER MARTINS LEITÃO, defende que o prazo de caducidade só começará a contar a partir da data em que o preferente tome conhecimento do preço real¹⁶⁸.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 373. Sobre o conhecimento da pessoa do adquirente como elemento essencial da alienação, v. o ponto 3.2.1.1. da presente dissertação.

¹⁶⁸ HÉLDER MARTINS LEITÃO, ob. cit., p. 76.

Por fim, quanto ao ónus da prova neste domínio, é ao réu (obrigado à preferência) que caberá provar o decurso deste prazo, demonstrando que há mais de seis meses que o preferente teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação.

3.5.3. Depósito do preço devido

Como vimos, para além do ónus de propor a ação de preferência dentro do prazo de caducidade, prevê também o n.º 1 do art.º 1410.º (*ex vi* do art.º 1091.º, n.º 4) que o arrendatário deposite o preço devido nos quinze dias seguintes à propositura da ação, tratando-se igualmente de um prazo de caducidade.

A formulação inicial deste artigo fixava o prazo de oito dias, subsequentes ao despacho que ordena a citação dos réus na ação de preferência. Sucede que a abolição desse despacho, denominado de “despacho liminar”, fruto da revisão ao Código de Processo Civil, operada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, levou à alteração do art.º 1410.º, n.º 1 introduzida pelo Decreto-Lei n.º 68/96, de 31 de Maio.

A questão que tem sido colocada traduz-se em saber qual a abrangência e o significado da locução “*preço devido*”. Antes de mais, importa conhecer qual a finalidade desta exigência do prévio depósito do preço. De facto, “(...) constitui uma garantia para o alienante, pondo-o a coberto do risco de perder o contrato com o preferente, por este se desinteressar entretanto da sua realização ou não dispor dos meios necessários para esse efeito (...)”¹⁶⁹. Todavia, persiste uma divergência doutrinal relativamente ao significado a atribuir ao preço que o preferente é obrigado a depositar. Há quem sustente que o preferente arrendatário deverá depositar, para além da quantia efetivamente despendida pelo terceiro para a aquisição do imóvel em questão, as despesas tidas com a celebração do negócio jurídico (despesas notariais, de registo, de IMT)¹⁷⁰. Por sua vez, há quem considere que o preço que deve ser depositado pelo preferente cinge-se à contrapartida paga pelo terceiro ao

¹⁶⁹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, pp. 373 e 374 – anotação ao artigo 1410.º

¹⁷⁰ Cfr., entre outros, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 374 – anotação ao artigo 1410.º; ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, ob. cit., p. 81 e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Direito de Preferência”, in *Coletânea...* cit., p. 12, que refere que preço “(...) é todo o sacrifício patrimonial que o adquirente suportou como consequência necessária da aquisição feita e que aproveita ao preferente: o preço em sentido técnico e restrito, no caso de compra e venda; o valor do crédito extinto, no caso de dação em cumprimento; e, ainda, numa hipótese e noutra, a sisa paga, as despesas da escritura e as do registo, quando obrigatório”. Note-se, porém, que a sisa traduz-se no atual IMT.

sujeito passivo¹⁷¹, orientação que tem prevalecido na nossa jurisprudência¹⁷² e que merece a nossa adesão.

Na realidade, o preferente não tem que depositar mais do que o preço do bem objeto de preferência em sentido estrito, pois não faz sentido que o mesmo responda, injustamente, pelas despesas que o terceiro adquirente suportou, em virtude do comportamento irregular do obrigado à preferência. Tanto mais que, o art.º 874.º prevê que o preço é a contrapartida económica da transferência da propriedade de uma coisa e o art.º 878.º estipula que, na falta de convenção em sentido contrário, as despesas do contrato e outras acessórias, como sejam as despesas de imposto de selo¹⁷³, de IMT, de registo, da escritura, entre outras) ficam a cargo do comprador.

O art.º 839.º, n.º 2 do CPC¹⁷⁴ também não inviabiliza o entendimento de que o preferente só deve depositar o valor pecuniário correspondente à contrapartida que o sujeito passivo recebeu do terceiro adquirente. Porquanto, a lei manda ao preferente pagar as despesas que agora são suas com a celebração do contrato e não as despesas do primeiro comprador. Em momento algum, as despesas do primeiro comprador passam a ser encargos do preferente. Também o art.º 1028.º, n.º 2 do CPC¹⁷⁵, relativamente ao processo de notificação para a preferência, prova que o preferente não tem que entregar o preço e as despesas da compra. Por último, o art.º 24.º do CIMT¹⁷⁶ também está na mesma linha de

¹⁷¹ V. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista...* cit., p. 71, AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 653 e AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, ob. cit., pp. 87 a 91 e AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, “Alguns problemas de propriedade horizontal, locação e preferência”, in *Separata da Revista Scientia Iuridica*, Tomo XXXIV, n.ºs 195-196, Braga, Livraria Cruz, 1985, pp. 17 a 19.

¹⁷² Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-01-2015, Processo 360/12.0TBCNF.C1, relator Arlindo Oliveira, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹⁷³ Cfr. Verba 1.1. da Tabela Geral do Imposto do Selo, do Código do Imposto do Selo.

¹⁷⁴ Artigo 839.º, n.º 2 do CPC: “Quando, posteriormente à venda, for julgada procedente qualquer ação de preferência ou for deferida a remição de bens, o preferente ou o remidor substituem-se ao comprador, pagando o preço e as despesas da compra.”

¹⁷⁵ Artigo 1028.º, n.º 2 do CPC: “2 - Querendo o notificado preferir, deve declará-lo dentro do prazo indicado nos termos do número anterior, mediante requerimento ou por termo no processo; feita a declaração, se nos 20 dias seguintes não for celebrado o contrato, deve o preferente requerer, nos 10 dias subsequentes, que se designe dia e hora para a parte contrária receber o preço por termo no processo, sob pena de ser depositado, podendo o requerente depositá-lo no dia seguinte, se a parte contrária, devidamente notificada, não comparecer ou se recusar a receber o preço.”

¹⁷⁶ Artigo 24.º do CIMT: “1 - Se, por exercício judicial de direito de preferência, houver substituição de adquirentes, só se liquidará imposto ao preferente se o que lhe competir for diverso do liquidado ao preferido, arrecadando-se ou anulando-se a diferença. 2 - Se o preferente beneficiar de isenção, procede-se à anulação do imposto liquidado ao preferido, e aos correspondentes averbamentos.”

pensamento, na medida em que só é devido o pagamento do imposto ao preferente quando seja igual àquele que foi liquidado pelo adquirente, não havendo liquidação de novo imposto, sendo que, se o que lhe competir for superior ao liquidado, é arrecadada a diferença; e, caso o preferente goze de isenção ou redução, haverá lugar à anulação do IMT ou da diferença apurada. Nas hipóteses de anulação parcial ou total do imposto, o valor correspondente à anulação reverterá, naturalmente, para o adquirente. Assim, o artigo em questão não pretende estipular que o depósito do preço devido abranja também o valor do imposto pago pelo terceiro adquirente.

Acresce que, por motivos de razoabilidade ou de justiça material não existe qualquer fundamento para que o preferente pague o que quer que seja ao terceiro adquirente, na medida em que a ideia da ação de preferência é a que o preferente se substitua ao terceiro na posição contratual, não celebrando com este qualquer contrato. Aliás, o reembolso das despesas ou o ressarcimento dos prejuízos deve ser exigido ao sujeito passivo, pelo terceiro adquirente.

Em suma, o ónus do depósito do preço devido recai apenas sobre a contraprestação ajustada entre o sujeito passivo e o terceiro adquirente para a alienação do bem objeto à preferência, não abrangendo as despesas suportadas pelo segundo com a celebração do negócio jurídico, nem os impostos pagos em consequência da mesma.

Saliente-se, porém, que o preferente é obrigado a depositar a totalidade do preço e não somente aquele que foi pago ou que se encontra vencido¹⁷⁷. Existem casos em que o terceiro adquirente tenha apenas pago uma parte do preço depois da celebração do contrato, por exemplo, nas situações em que o pagamento tenha sido acordado em prestações. Assim, se o preço do imóvel fosse de €100.000,00, e o terceiro adquirente apenas tivesse pago €75.000,00 já que o remanescente só se venceria e só seria exigível em momento posterior, o depósito a efetuar deveria ser de €75.000,00; mas a generalidade da doutrina aceita que a lei manda depositar o preço “*devido*” e não aquele que foi pago ou que já se encontra vencido.

Para finalizar esta análise do ónus do depósito prévio do preço a cargo do preferente, imposto pelo n.º 1 do art.º 1410.º, cumpre expressar a opinião crítica de ALMEIDA COSTA¹⁷⁸ acerca desta obrigação, a qual merece a nossa concordância. De facto, a exigência do prévio depósito do preço pode constituir um obstáculo grave ao exercício do direito de preferência,

¹⁷⁷ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, pp. 373 e 374 – anotação ao artigo 1410.º

¹⁷⁸ *Vd. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, O depósito do preço na ação de preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

por ser demasiado gravosa e onerosa para o preferente/arrendatário na medida em que este tem de imobilizar quantias avultadas durante longos períodos de tempo. Na verdade, a tramitação do processual das ações judiciais é tipicamente morosa, sobretudo quando seja deduzida contestação ou, eventualmente, apresentado recurso para os tribunais superiores. Sendo certo que, o preferente vê-se privado do seu património durante longos meses, que se podem transformar em anos, sem perceber exatamente qual a vantagem que tal circunstância acarreta para o terceiro adquirente ou para o sujeito passivo, o que pode desencorajar o exercício da preferência.

Esta obrigação acaba por se esquecer da proteção devida ao preferente, uma vez que só faz sentido que o depósito do preço anteceda a entrega e não a ação. Assim, o autor propõe uma solução semelhante à que consta no art.º 830.º, n.º 5, para a execução específica do contrato-promessa, sugerindo que o art.º 1410.º, n.º 1 estipulasse a exigência do depósito do preço devido pelo preferente, após o trânsito em julgado da sentença que considere o pedido procedente e no prazo nela fixado, ou em qualquer estado do processo, o tribunal determinasse a prestação de caução idónea pelo preferente, se isso lhe fosse requerido¹⁷⁹.

3.5.3.1. Depósito do preço em caso de simulação

Nos casos em que o preferente suspeite de uma eventual simulação do preço (preço simulado é superior ao preço real), deve o mesmo ponderar se está interessado em preferir pelo preço alegadamente simulado ou pelo preço que entende ser o verdadeiro. Todavia, nestas situações, deve o preferente depositar a importância correspondente ao preço simulado, porquanto, se o preferente optar por depositar o preço que entender ser o real e não conseguir fazer prova da alegada simulação, perde o seu direito de preferência pela insuficiência do depósito efetuado. Assim, querendo precaver-se desta possibilidade e estando verdadeiramente interessado em preferir tem que depositar o preço alegadamente simulado e declarado pelos contraentes. Sendo que, provada a simulação, a sua obrigação de pagamento restringe-se ao preço real.

No entanto, querendo o preferente depositar apenas o preço que julga ser o realmente fixado pelas partes, pode aguardar pela decisão da ação de simulação. Sendo certo que, se a

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 19-20.

mesma for julgada procedente, pode o preferente intentar a ação de preferência no prazo de seis meses a contar da data do trânsito em julgado daquela decisão que ficou o preço verdadeiro¹⁸⁰. Porém, se a ação de simulação for julgada improcedente pode a mesma ter prejudicado o prazo de seis meses de caducidade da ação de preferência e impedir o recurso a essa ação. Pelo que, a opção mais sensata deverá passar por depositar o preço declarado entre as partes, prevenindo-se dessa potencial limitação e suscitar o problema da simulação no âmbito da ação de preferência.

Este é entendimento da doutrina e da jurisprudência, que não levanta quaisquer dúvidas¹⁸¹. Na verdade, como se disse, a consequência do depósito do preço indevido na ação de preferência, nos termos do disposto no artigo 1410.º, n.º 1 é a caducidade do direito de preferência.

Por outro lado, distintos dos anteriores são os casos em que na escritura pública figura um preço inferior ao preço real e, em princípio, o preço a depositar pelo preferente no âmbito da ação de preferência, deve ser o preço constante da escritura pública, dada a força probatória de tal documento¹⁸². Todavia, como se disse, se o preferente alegar que o preço declarado foi simulado e inflacionado pelos contraentes de modo a desencoraja-lo a exercer o seu direito de preferência, deve o mesmo depositar a quantia correspondente ao preço real do negócio, em face dos elementos objetivos que recolheu¹⁸³.

Todavia, há quem entenda que quando o preferente pensa que o preço declarado entre os contraentes é simulado por ser inferior ao preço real, deve depositar o preço que entende ser o verdadeiro¹⁸⁴. Note-se, porém, que se o preferente pretender exercer o seu direito de

¹⁸⁰ V. Acórdão da Relação do Porto, de 24/11/2004, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXX, Tomo 5, 2005, p. 203.

¹⁸¹ Vide AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 664; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 376 – anotação ao artigo 1410.º; JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 325.

¹⁸² Celebrado o contrato entre o sujeito passivo e o terceiro adquirente, mediante escritura de compra e venda, se os contraentes, posteriormente, vierem lavrar escritura de retificação do preço, recai sobre eles o ónus de alegação e de prova de que o valor retificado corresponde ao valor real. Neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-03-2017, Processo 68/16.8T8VLS-A.L1-2, relator Ezagüiy Martins, disponível para consulta em www.dsgi.pt. De facto, é muito mais razoável impor aos contraentes o ónus da prova na ação de preferência do que ao preferente. Seria descabido atribuir ao preferente o encargo de ter de provar que a escritura de retificação não corresponde à vontade real dos contraentes e que o preço verdadeiro é o constante da primeira escritura e não o declarado na segunda. A este respeito, veja-se ADRIANO VAZ SERRA, “O direito de preferência quando há retificação da escritura de compra e venda”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, Ano I, n.º 4, s.l., Ordem dos Advogados, 1941, pp. 407 e 408.

¹⁸³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-04-2011, Processo 1464/05.1TVPR.T.P1.S1., relator Oliveira Vasconcelos, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

¹⁸⁴ Vd. JORGE ALBERTO ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 326.

preferência por um preço manifestamente inferior ao valor real do bem, tendo conhecimento dessa divergência, estará o mesmo a abusar do seu direito, ante o disposto no art.º 334.º do CCiv, pelo facto de essa manifesta desproporcionalidade exceder os limites impostos pela boa-fé e pelos fins sociais e económicos que lhe estão subjacentes¹⁸⁵.

3.5.4. Legitimidade Passiva

Outra questão que tem sido debatida no seio da doutrina e da jurisprudência é a de saber se nas ações de preferência há litisconsórcio necessário passivo, devendo o autor (preferente) demandar o alienante e o adquirente ou só este. Em discurso parentético, importa apenas referir que relativamente à legitimidade ativa na ação de preferência no caso de pluralidade de preferentes, isto é, de pluralidade de direitos legais de preferência concorrentes entre si, derivada da pluralidade de arrendatários do mesmo prédio, em nosso entender um só inquilino ou um grupo de inquilinos pode isoladamente intentar a referida ação¹⁸⁶.

Inicialmente, cabe esclarecer que “[a] legitimidade processual é a suscetibilidade de ser parte numa ação aferida em função da relação dessa parte com o objeto daquela ação.”¹⁸⁷ E essa relação é estabelecida através do interesse da parte perante o objeto do processo (litígio). A legitimidade processual tem como função “(...) assegurar que o autor e o réu são os sujeitos que podem discutir a procedência da ação. E esses sujeitos são aqueles que podem ser beneficiados com a decisão de procedência ou de improcedência da causa.”¹⁸⁸

Ora, dispõe o art.º 30.º, n.º 1 do CPC que “[o] autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer.” Por sua vez, o n.º 2 deste artigo define que “[o] interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação e o interesse em contradizer pelo prejuízo que dessa procedência advenha.” Sendo que, conforme estipula o n.º3, “[n]a falta de

¹⁸⁵ Neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24-11-2005, Processo 0534769, relator Ataíde das Neves, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

¹⁸⁶ Neste sentido, v. Parecer de Professor Doutor ANTUNES VARELA e Doutora MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, “Direitos de Preferência – Processo de Notificação”, in *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo III, Ano XV, Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, 1990, p. 36.

¹⁸⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 47.

¹⁸⁸ *Idem*.

indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.”

Na verdade, na ação de preferência, a causa de pedir é a violação de algum dos deveres do obrigado à preferência, por exemplo, a omissão da comunicação a que se reporta o art.º 416.º, n.º 1 e a alienação do bem objeto da preferência a um terceiro adquirente, e o pedido consiste na substituição do preferente na posição jurídica do terceiro adquirente, com efeitos retroativos. Nestes termos, e com especial relevo para a posição adotada, “(...) a ação de preferência não pode ser concebida como uma pura relação de substituição do adquirente pelo preferente.”¹⁸⁹

Na vigência do Código de Seabra, a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência entendia que a ação de preferência deveria ser instaurada apenas contra o adquirente, na medida em que a procedência ou improcedência da ação não afetava o vendedor/alienante (obrigado à preferência)¹⁹⁰. Só assim não se seria se o preferente invocasse a simulação de preço ou deduzisse algum pedido cuja procedência fosse suscetível de causar prejuízos ao alienante, como por exemplo, um pedido indemnizatório. Posteriormente, no domínio do Código Civil de 1966, foi também esta a tese predominante.

Contra esta fundamentação dominante insurgiu-se o Professor ANTUNES VARELA que enumerou várias razões a favor do litisconsórcio necessário passivo. Desde logo, a ação de preferência assenta “(...) num ato ilícito do alienante (...)”¹⁹¹, ou seja, numa conduta violadora dos deveres de preferência por parte do sujeito passivo. O mesmo é dizer que o autor da violação é o vendedor e, por isso, é aquele que constitui o fundamento da ação e quem, melhor do que ninguém, tem condições para se opor à procedência da mesma. Ademais, a intervenção do alienante a par do adquirente evita a duplicação de processos, por exemplo, quando o preferente, posteriormente à ação de preferência, venha intentar contra o alienante uma ação para ser indemnizado dos prejuízos que sofreu¹⁹². Por outro lado, a propositura da ação apenas contra o adquirente traz uma solução injusta, na medida em que

¹⁸⁹ ISABEL MENÉRES CAMPOS, “Da Legitimidade Passiva nas Ações de Preferência”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLVIII, n.ºs 280/282, Universidade do Minho, Julho-Dezembro, 1999, p. 475.

¹⁹⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., p. 268, relativamente à legitimidade passiva nesta ação escreveu que “[s]e todo o efeito se processa na esfera jurídica do adquirente, só este deve ser necessariamente demandado. Sobre o alienante nada se vai repercutir. Por isso, só deverá ser demandado se as características da ação levarem, no caso concreto, nesse sentido.”

¹⁹¹ V. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 379 – anotação ao artigo 1410.º

¹⁹² *Ibidem*, p. 380.

as custas processuais não serão suportadas por quem verdadeiramente deu causa à ação, ou seja, o vendedor.

Por fim, o em linha com a posição defendida estaria ainda o argumento da letra da lei. De facto, o art.º 1410.º, n.º 1 fazia referência ao “despacho de citação dos réus”, como marco para início da contagem do prazo para o preferente depositar o preço devido na ação de preferência. Com a expressão “réus”, no plural, o legislador pretendeu demonstrar a necessidade de litisconsórcio necessário passivo, ou seja, a intervenção do comprador e do vendedor, no caso de ter havido compra e venda do local arrendado, ou, do devedor e do credor, no caso de ter havido dação em cumprimento do local arrendado¹⁹³. Todavia, tal argumento caía por terra no caso de serem vários adquirentes. O certo é que os argumentos literais são facilmente derrubados, mas, de qualquer modo, perante a redação atual do art.º 1410.º, n.º 1, por força da publicação do Decreto-Lei n.º 68/96, de 31 de maio, o despacho liminar do juiz desapareceu, deixando, por isso, de fazer sentido invocar este aspeto.

Este entendimento chegou a estar consagrado no art.º 28º-A do CPC de 1995, mas veio a ser revogado pela revisão do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de setembro. A eliminação de tal norma jurídica não esteve relacionada com a mudança de paradigma na tese acolhida sobre a legitimidade passiva nestas ações, mas apenas por se entender que na parte geral daquele código não deviam caber previsões casuísticas, mormente, sobre as ações de preferência.

O certo é que houve uma inversão da jurisprudência, com o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de 14-05-1991¹⁹⁴, considerando que o alienante também tem de ser demandado por ser ele o autor do facto ilícito que deu causa à ação de preferência. A verdade é que este entendimento, no sentido de considerar que os alienantes têm legitimidade passiva para a ação, tem vindo a firmar-se no seio da jurisprudência portuguesa¹⁹⁵ e no seio da doutrina¹⁹⁶.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 378. Também a favor deste argumento ver AMÉRICO JOAQUIM MARCELINO, *Da preferência...* cit., pp. 78-80.

¹⁹⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-05-1991, Processo 079701, relatora Vassanta Tamba, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

¹⁹⁵ V. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 09-10-2008, Processo 608/08-3, relator Maria Alexandra Santos, disponível para consulta em www.dsgi.pt, e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29-06-2006, Processo 0633488, relator Teles de Menezes, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

¹⁹⁶ Vide ARAGÃO SEIA, ob. cit., p. 331, ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, ob. cit., p. 136, A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 451.

Destarte, impõe-se a intervenção do alienante, a par do adquirente, quanto mais não seja pelo facto de a ação de preferência ter na base a violação de um dever a que o sujeito passivo se encontrava vinculado. Nos termos do art.º 416.º, n.º 1, tais deveres passam pela obrigação de comunicar a preferência, pelo dever de não realizar o contrato projetado com terceiro enquanto o preferente não se pronunciar dentro do prazo previsto para o efeito e pelo dever de celebrar o contrato projeto com o preferente caso o mesmo tenha declarado exercer o seu direito de preferência. Assim sendo, são sujeitos da relação material controvertida na ação de preferência, o titular do direito da preferência, e ambos os intervenientes do contrato celebrado: o alienante (obrigado à preferência) e o terceiro adquirente.

3.5.5. Efeitos da ação de preferência

Ao nível dos efeitos da ação de preferência a doutrina e a jurisprudência ainda não se encontrou um consenso. O certo é que, a esmagadora maioria aceita que a procedência da ação de preferência tem como efeito a substituição do terceiro adquirente pelo preferente¹⁹⁷; substituição essa que tem efeitos retroativos à data da celebração do contrato entre o sujeito passivo e o terceiro adquirente, tudo se passando como se o contrato tivesse sido celebrado, desde logo, entre o alienante e o titular do direito de preferência¹⁹⁸. Porém, existem autores que defendem que a eficácia opera retroativamente desde o momento da propositura da ação, e não desde a data da alienação pelo sujeito passivo ao terceiro adquirente¹⁹⁹.

Na verdade, o n.º 1 do art.º 1410.º do CCiv não refere que o preferente tem o direito de se substituir na posição de alguém, estatuidando apenas que “*tem o direito de haver para si a coisa alienada*”. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES conclui que a “(...) o efeito da ação de preferência consiste na constituição do contrato objeto da preferência entre sujeito passivo e

¹⁹⁷ Vide CARLOS LIMA, ob. cit., p. 513, refere que a ação de preferência “(...) tem por finalidade obter sentença que decrete a substituição do preferente como comprador no contrato de alienação que o vinculado à preferência celebrou com terceiro.”

¹⁹⁸ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 380 – anotação ao artigo 1410.º, ISABEL MENÉRES CAMPOS, “Da Legitimidade Passiva nas Ações de Preferência”, in *Scientia Iuridica...* cit., p. 468, A. SANTOS JUSTO, ob. cit., p. 451. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29-04-2014, Processo 353/2002/P1.S1, relator Azevedo Ramos, disponível para consulta em www.dgsi.pt: “A procedência da ação de preferência tem como resultado a substituição, com eficácia *ex tunc*, do adquirente pelo preferente.”

¹⁹⁹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos...* cit., pp. 268 e 269, e JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento...* cit., vol. II, p. 835.

titular do direito com um conteúdo essencialmente idêntico ao do contrato antes celebrado entre o mesmo sujeito passivo e terceiro.”²⁰⁰ Sendo certo que, este novo contrato só se torna perfeito com a respetiva sentença constitutiva²⁰¹.

3.5.6. Registo da ação de preferência

Imagine-se o seguinte caso prático: S, senhorio, mediante contrato de compra e venda, alienou a B (terceiro adquirente) o imóvel arrendado a A (arrendatário), há mais de três anos, sem ter cumprido a comunicação para a preferência. Nesta sequência, A intentou uma ação de preferência que foi julgada procedente, tendo reconhecido ao autor o direito de preferir e de se substituir ao terceiro adquirente. Durante a pendência da ação de preferência, que A não registou, B doou o imóvel objeto da preferência a C. *Quid iuris?*

O direito legal de preferência do arrendatário não carece de ser registado. Todavia, o mesmo não sucede em relação à ação através da qual o mesmo é exercido. Por força do disposto nos artigos 3.º, n.º 1, al. a) e 2.º, n.º 1, al. a), ambos do Código de Registo Predial, a ação de preferência está sujeita a registo.

A falta de registo da ação, porém, não torna o direito legal de preferência do arrendatário inoponível a terceiros que venham a adquirir, sobre a coisa, direitos incompatíveis com os do preferente. Aliás, se o registo da ação de preferência não for efetuado, a sentença que dela for proferida tem eficácia *inter partes*, conforme estipula o art.º 4.º, n.º 1 do Código de Registo Predial. Por sua vez, sendo registada, a sentença que advier da ação de preferência, além de vincular as partes, produz efeitos sobre todos aqueles que adquirirem direitos incompatíveis com os do preferente.

Na hipótese de o preferente não ter registado a ação de preferência, o mesmo não fica impedido de fazer valer contra terceiros o seu direito para quem a coisa tenha sido entretanto transmitida, desde que, para o efeito, convença esses terceiros com a propositura de uma outra ação contra o primitivo adquirente e contra o terceiro sub-adquirente que veio a adquirir sobre a coisa um direito conflituante.

²⁰⁰AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 684.

²⁰¹*Ibidem*, p. 685. CARLOS LIMA, ob. cit., p. 514.

Assim, reportando-nos ao caso prático supra exposto, A teria de intentar contra B e C uma ação declarativa comum para lograr o efeito que visava a primeira ação, a ação de preferência²⁰².

3.5.7. Natureza da ação de preferência

AGOSTINHO CARDOSO GUEDES entende a ação de preferência “(...) como meio de o preferente fazer prevalecer o seu direito sobre o direito adquirido pelo terceiro – um direito (o de preferência) anterior à alienação e não constituído por ela (...)”²⁰³.

Como já tivemos oportunidade de sublinhar, no capítulo I da presente dissertação, tendo o direito de preferência eficácia em relação a terceiros desde a sua previsão legal ou contratual, o direito ao contrato nasce com a respetiva declaração de preferência. Assim, o sujeito passivo ao contratar com terceiro em detrimento do preferente na sequência da sua declaração de preferência, violando o dever de alienar a que estava adstrito, o preferente pode recorrer à via judicial, nomeadamente à ação de preferência, e haver para si a coisa alienada, mediante o pagamento do preço da alienação. O recurso à ação prevista no art.º 1410.º também pode ter lugar quando o sujeito passivo aliena o bem sujeito à preferência sem efetuar a comunicação prevista no art.º 416.º, n.º 1.

Na verdade, a eficácia em relação a terceiros traduz-se na possibilidade do preferente opor o seu direito a qualquer adquirente da coisa, conforme o artigo 1410.º conjugado com o artigo 421.º, n.º 2. Nesta senda, como o direito de preferência do arrendatário tem eficácia *erga omnes*, o titular da preferência pode opor ao terceiro adquirente o seu direito.

Em suma, como o direito do preferente é oponível a terceiros, o mesmo tem o poder de reclamar para si a coisa objeto da preferência por via judicial. Sendo, por via disso, que a nossa doutrina qualifica o direito de preferência com eficácia em relação a terceiros como um direito real de aquisição²⁰⁴.

²⁰² Neste sentido, v. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 383 – anotação ao artigo 1410.º e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-2010, Processo 81/05.0TBMTS.P1.S1, relator Hélder Roque, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

²⁰³ *Ibidem*, p. 617.

²⁰⁴ V. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista...* cit., p. 70; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., vol. III, p. 371 – anotação ao artigo 1410.º, entre outros.

Consequentemente, OLIVEIRA ASCENSÃO defende que o preferente, mediante a ação de preferência, “(...) substitui-se ao adquirente e manietta diretamente a coisa.”²⁰⁵ Acrescenta que, “[j]á a execução específica, funciona apenas em relação a um sujeito particularmente obrigado, e não contra terceiros.”²⁰⁶

HENRIQUE MESQUITA explica que o “(...) o direito que assiste ao preferente (...) é o de se sub-rogar ou substituir ao terceiro adquirente na posição que este ocupa no contrato celebrado com o obrigado à preferência, tudo se passando juridicamente (...) como se o contrato de alienação houvesse sido celebrado com o preferente”²⁰⁷. De acordo com o seu entendimento, o direito do preferente não incide sobre a coisa objeto de preferência, mas antes sobre o contrato celebrado com o terceiro e através do qual se violou o regime da preferência e, assim, com o recurso à ação de preferência visa-se proporcionar ao preferente o respetivo ingresso na posição jurídica desse terceiro adquirente. Por não ser um direito que incide sobre uma coisa (não é um *ius in re*), não pode atribuir-se-lhe natureza real, na medida em que trata-se de um direito que incide sobre um contrato e tem por finalidade conseguir à custa de um terceiro “(...) a execução específica da prestação, que o vinculado à preferência não cumpriu de, em igualdade de circunstâncias (tanto por tanto), realizar o negócio com o preferente interessado em fazer valer o seu direito”²⁰⁸.

Ora, tal entendimento é sufragado por AGOSTINHO CARDOSO GUEDES que defende que a ação de preferência, permitindo obter a prestação a que o sujeito passivo estava obrigado, “(...) mais não é do que uma simples execução específica do dever de contratar que recai sobre o sujeito passivo, estabelecida em benefício do preferente.”²⁰⁹

²⁰⁵ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 617.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, ob. cit., p. 220.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 228.

²⁰⁹ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício...* cit., p. 627.

CONCLUSÕES

Chegados até aqui, cumpre tecer as considerações finais deste trabalho, as quais merecem ser agora enunciadas:

I. O direito de preferência tem raízes antigas e confere ao seu titular o direito de adquirir para si, em igualdade de circunstâncias àquelas que foram oferecidas a um terceiro, uma determinada coisa pertencente a outrem, desde que o seu proprietário a pretenda alienar.

II. O direito de preferência pode ser constituído convencionalmente, através dos chamados pactos de preferência (artigos 414.º a 432.º do CCiv), designando-se, por isso, direito convencional de preferência, sendo de natureza meramente obrigacional, a menos que as partes lhe atribuam eficácia real, ou pode ser constituído por lei, sendo, por isso, um direito legal de preferência, com eficácia *erga omnes*.

III. A natureza jurídica do direito de preferência suscita múltiplas opiniões doutrinárias, todavia, somos do entendimento que optando o obrigado à preferência pela celebração do negócio preferível, o mesmo é obrigado a escolher e dar primazia ao preferente, se este o quiser fazer, nas condições que o sujeito passivo se propõe a realizar e que não podem ser mais desfavoráveis àquelas que foram oferecidas a um terceiro.

IV. Sendo certo que, se o vinculado à preferência vier a contratar com o terceiro ao invés do preferente, o titular do direito de preferência pode substituir-se ao adquirente, na medida em que tal direito tem eficácia real, e não confere apenas ao seu titular o direito ao ressarcimento dos danos sofridos em consequência desse incumprimento.

V. O direito de preferência do arrendatário, consagrado no artigo 1091.º, n.º 1, al. a) do CCiv, atribui ao arrendatário preferência no caso de compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado há mais de três anos, e sendo um direito legal de preferência com eficácia real, confere ao arrendatário a faculdade de se substituir ao terceiro adquirente, no caso de o senhorio ter alienado o local arrendado a outrem em violação do direito do preferente.

VI. O direito de preferência do arrendatário pertence exclusivamente a este, que foi quem tomou de arrendamento o local arrendado, sem prejuízo da comunicação do arrendamento ao cônjuge, nos termos do art.º 1068.º do CCiv.

VII. Quando surgiu, o direito de preferência do arrendatário, inicialmente, destinava-se apenas para os casos de arrendamentos para comércio e para indústria, tendo-se posteriormente alargado às profissões liberais.

VIII. Em 1977, o direito de preferência do arrendatário habitacional teve consagração legal e traduziu-se numa medida de estabilidade habitacional com o fim último de proporcionar o acesso à habitação própria, que constitui um direito que se encontra constitucionalmente consagrado.

IX. Até ao atual regime jurídico o direito de preferência do arrendatário foi sofrendo alterações, fruto das evoluções legislativas, sendo que a diferença que merece maior destaque centra-se na exigibilidade do prazo de três anos de arrendamento, pressuposto de constituição do referido direito, contrariamente aos regimes anteriores que apenas estipulavam o prazo de um ano.

X. Por outro lado, pese embora o RAU não permitisse a aplicação do direito de preferência do arrendatário aos contratos de arrendamento de duração limitada, a verdade é que, o regime atual, não comporta uma restrição similar, sendo que os arrendatários titulares de um contrato de arrendamento com prazo certo gozam do direito de preferência de igual modo que os arrendatários titulares de um contrato de duração indeterminada beneficiam.

XI. Acresce que, com a entrada em vigor do NRAU, o direito de preferir passou a aplicar-se aos antigos contratos de duração limitada e, bem assim, os arrendatários que à data fossem titulares do direito de preferência não o perderiam em consequência dessa alteração legislativa, ou seja, nos arrendamentos que à data da entrada em vigor do NRAU vigorassem há mais de um ano, os respetivos arrendatários manteriam o seu direito de preferência, e quanto aos restantes o mesmo direito só se constituiria ao fim de três anos.

XII. Um dos pressupostos de constituição do direito de preferência do arrendatário consiste, pois, em que o contrato de arrendamento haja sido celebrado há mais de três anos, sendo que, não é necessário, durante o decurso desse prazo, o exercício efetivo das atividades que constituem o fim do arrendamento não habitacional, nem a habitação efetiva por parte do arrendatário habitacional.

XIII. Ademais, para que o arrendatário possua direito de preferência, o local arrendado só pode ser objeto de compra e venda ou dação em cumprimento, que correspondem taxativamente às formas admissíveis no normativo legal.

XIV. Os arrendatários de partes de um prédio não constituído em propriedade horizontal, no nosso entendimento, podem exercer o seu direito de preferência relativamente a todo o imóvel; isto significa que, se o local arrendado não tiver autonomia jurídica o direito de preferência do arrendatário abrange a totalidade do prédio, caso contrário, incide apenas sobre a parte arrendada.

XV. No caso de haver pluralidade de arrendatários de diferentes partes arrendadas em relação ao mesmo prédio e o imóvel só puder ser vendido na sua totalidade, estamos perante uma situação de concorrência de vários direitos de preferência, tantos quantos arrendatários existirem, sendo certo que, o preferente que irá exercer o direito de que é titular é escolhido mediante o mecanismo da licitação.

XVI. O proprietário do local arrendado deve realizar a comunicação para a preferência que, fundando-se num projeto de alienação do local arrendado, mediante a venda ou dação em cumprimento, em termos abstratos, não necessita de ser um projeto concreto de venda, no qual se faça um enunciado exaustivo das cláusulas do respetivo contrato a que a lei se refere (art.º 416.º, n.º 1 do CCiv), bastando indicar os elementos essenciais do contrato que sejam relevantes e suscetíveis de influir na decisão de preferir ou não preferir, a saber: a identificação do bem imóvel, o preço concreto da alienação, as condições e o modo de pagamento, o prazo previsto para a realização do contrato.

XVII. A necessidade de identificação do terceiro comprador deve ser avaliada casuisticamente, no respeito pela confiança, honestidade, lealdade, correção e boa-fé e deve

ser observada sempre que o interesse objetivo do preferente imponham o seu conhecimento, por se mostrar relevante para a sua decisão de preferir ou não preferir, sendo que, regra geral, em caso de situações de fronteira e em caso de dúvida, deve o alienante informar o arrendatário acerca da identidade do projetado comprador.

XXVIII. Nesse sentido, o sujeito passivo comunica ao preferente que pretende celebrar o contrato objeto da preferência, informando-os dos termos e condições desse negócio, pelo que, a comunicação para preferir não consubstancia uma proposta contratual.

XXIX. A comunicação para a preferência só pode ser realizada pelo obrigado à preferência ou por mandatário seu, não podendo ser realizada por terceiro, e deve ser dirigida ao titular do direito legal de preferência, isto é, ao arrendatário, ou arrendatários no caso de haver pluralidade de direitos, sendo certo que, se o direito de preferência pertencer a ambos os cônjuges devem ambos ser comunicados para preferir.

XX. A lei não exige nenhuma forma para a comunicação para o exercício da preferência, podendo ser efetuada extrajudicialmente ou por via judicial, através do processo de notificação para a preferência, consagrado no artigo 1028.º, do Código de Processo Civil.

XXI. A falta ou a omissão de elementos essenciais que deveriam constar da comunicação para a preferência acarreta a ineficácia da respetiva comunicação e responsabiliza o sujeito passivo nos termos gerais do direito na obrigação de indemnização a favor do preferente, na medida em que se traduz num verdadeiro dever jurídico.

XXII. Realizada regularmente a comunicação para a preferência, o preferente dispõe geralmente do prazo de oito dias, prazo supletivo, para declarar que não quer preferir, renunciando ao direito de preferência, ou nada dizer dentro do prazo estipulado para o efeito, fazendo caducar o respetivo direito em relação à celebração do contrato projetado; o certo é que, qualquer um destes comportamentos gera, por isso, a extinção do direito de preferência.

XXIII. Optando o arrendatário/preferente, dentro do prazo concedido, por declarar que não quer preferir, deve a renúncia ao seu direito de preferência, não obstante não estar sujeita a forma especial, ser clara e inequívoca e ser feita pelo titular, ou titulares (se forem

vários os arrendatários), do respetivo direito ou por mandatário seu em relação a um concreto projeto de venda, não podendo ser indiscriminada e antecipada.

XXIV. Se, por ventura, se alterarem as condições do negócio projetado, posteriormente ao preferente ter declarado que não queria preferir, sendo estas mais favoráveis que aquelas em que se baseou a sua renúncia, ou não ter o sujeito passivo realizado o contrato projetado com o terceiro adquirente num prazo razoável ou concedido para o efeito, deve o obrigado à preferência renovar a comunicação ao preferente.

XXV. Optando por preferir, dentro do prazo concedido, o arrendatário deve fazer chegar ao poder ou conhecimento do sujeito passivo, tempestivamente, uma declaração de preferência, a que é aplicável a regra da liberdade de forma, inequívoca e sem reservas, na qual declara querer exercer o direito de preferência, sob pena de a falta de tal declaração extinguir o direito, definitivamente, por caducidade; tanto mais que, qualquer tentativa de negociação do preferente do negócio projetado pode culminar igualmente na caducidade do direito de preferência e, conseqüentemente, na sua extinção.

XXVI. A declaração de preferência é uma declaração recetícia que, quando se torna eficaz, faz nascer para o sujeito passivo o dever de celebração do contrato com o preferente nos termos projetados, não constituindo a cargo do preferente qualquer dever de contratar; sendo certo que, se o sujeito passivo desistir da celebração do negócio terá de indemnizar o preferente em perdas e danos causados, se for o obrigado à preferência a desistir da celebração do contrato projetado, faz caducar o seu direito e ainda pode ser obrigado a ressarcir os danos causados ao sujeito passivo.

XXVII. Nos casos de simulação em que o proprietário do local arrendado comunica ao arrendatário um preço simulado superior ao preço real do imóvel para o desencorajar da intenção de preferir, não pode ser oposto ao terceiro de boa-fé, *maxime* o preferente, o negócio simulado; porém, nas situações em que o proprietário aliena a terceiro o local arrendado por um preço simulado inferior ao preço real, não pode o preferente beneficiar do regime de inoponibilidade da simulação, uma vez que não é prejudicado com o negócio simulado.

XXVIII. Há violação da preferência, podendo o preferente/arrendatário recorrer à ação de preferência, quando o sujeito passivo não tenha realizado a comunicação para a preferência a que se refere o art.º 416.º, n.º 1 e aliena o bem objeto da preferência a um terceiro, ou quando tenha realizado a referida comunicação, mas não tenha esperado pela resposta do preferente e tenha alienado o referido bem, ou, ainda, quando tenha realizado a comunicação e mesmo em face da declaração de preferência tenha contratado com terceiro.

XXIX. Ao tomar conhecimento dos elementos essenciais do negócio realizado entre o alienante e o terceiro adquirente que tem por objeto o bem preferível, o preferente dispõe do prazo de seis meses para intentar a respetiva ação de preferência, sob pena de caducidade, na medida em que a não propositura da ação tempestivamente tem como efeito a perda do direito de preferência.

XXX. A ação de preferência tem como finalidade que o preferente possa haver para si o bem imóvel alienado a terceiro, mas para o efeito deve o preferente, para além de intentar a respetiva ação no prazo de seis meses a contar do conhecimento dos elementos essenciais da alienação, depositar o preço devido nos quinze dias seguintes ao da propositura da ação, o qual corresponde à contraprestação paga pelo terceiro adquirente sem abranger as despesas de escritura, de impostos e outras quantias inerentes à aquisição, e tem como finalidade garantir segurança ao alienante, na medida em que o cobre do risco de perder o contrato com o terceiro e não vir a celebrá-lo com o preferente, pelo facto de o mesmo se ter entretanto desinteressado ou não dispor de meios económicos suficientes para o efeito.

XXXI. Nos casos em que o preço entre as partes tenha sido simulado, sendo superior ao preço real, o preferente deve intentar a ação de preferência e depositar o preço declarado, suscitando aí a simulação daquele, uma vez que se a apreciação da questão for decidida a seu favor, o preço restringir-se-á ao preço real, evitando, assim, correr riscos de o seu direito caducar por não depositar o preço devido (suficiente), ou de a ação de simulação intentada antes da ação de preferência ser julgada improcedente e conseqüentemente fazer caducar o prazo para intentar posteriormente a respetiva ação de preferência.

XXXII. Já nos casos em que o preço declarado seja inferior ao preço real, visando-se defraudar o Estado, o preferente deve ser admitido a exercer o seu direito pelo preço

declarado e constante da escritura pública, o que terá o inconveniente de obter uma vantagem fundada em motivos ilícitos, pelo que, se seu quiser salvaguardar de, designadamente, eventual abuso de direito, deve preferir e depositar o preço que entende ser o real.

XXXIII. A legitimidade processual afere-se pela posição processual que as partes assumem perante o objeto do processo (litígio), deste modo, a ação de preferência deve ser intentada contra o alienante e o adquirente em litisconsórcio necessário passivo.

XXXIV. A procedência da ação de preferência tem como resultado a substituição do terceiro adquirente pelo preferente, com efeitos retroativos.

XXXV. A ação de preferência está sujeita a registo, devendo o preferente registá-la sob pena de a sentença que daí advier apenas ter eficácia *inter partes*.

XXXVI. Finalmente, cumpre referir que não podemos olvidar o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido pela doutrina e a quantidade de decisões jurisprudenciais que têm vindo a ser proferidas e que procuram auxiliar os vários problemas concretos que vão surgindo com a aplicação do direito de preferência do arrendatário, no entanto, isto ainda não é suficiente para se atingir uma harmonização do instituto da preferência nesta temática, a qual merece ainda um estudo ponderado para que as respostas sejam uniformizadas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Teodoro Bastos de, «Boa-fé e Notificação para a Preferência», in *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 78, Coimbra, 2002, pp. 439-474.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Subarrendamento e Direitos de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, Lisboa, Centro Editor da Ordem dos Advogados, 1991, pp. 45-73.

ASCENSÃO, José Oliveira, “Preferência do Arrendatário Habitacional: Notificação, Caducidade, Renúncia – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 53, Lisboa, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 1993, pp. 673-708.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Reais*, 5ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, Oliveira, “Direito de Preferência do Arrendatário”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. III – Direito do Arrendamento Urbano, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 249-273.

BARATA, Carlos Lacerda, *Da Obrigação de Preferência – Contributo Para o Estudo do Artigo 416.º do Código Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

CADETE, José Pedro Carneiro, “Da preferência do arrendatário habitacional”, Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Privatísticas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2011.

CAMPOS, Isabel Menéres, “Da Legitimidade Passiva nas Ações de Preferência”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLVIII, n.ºs 280/282, Universidade do Minho, Julho-Dezembro, 1999, pp. 461-480.

CORDEIRO, Menezes, “Servidões legais e direitos de preferência.” in *Coletânea de Jurisprudência*, Coimbra, Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, Tomo I, Ano XVII, 1992, p. 64-80.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *O depósito do preço na ação de preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 1ª Edição, Lisboa, Principia, 2002.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Simulação e Tutela de Terceiros*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, “Simulação – Direito de Preferência – Abuso de Direito, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXX (III da 2.ª Série) – n.º 2, Abril-Junho, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, pp. 163-187.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 3ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 1999.

FURTADO, José Henrique da Cruz Pinto, *Manual do Arrendamento Urbano*, vol. I, 5.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2009.

FURTADO, José Henrique da Cruz Pinto, *Manual do Arrendamento Urbano*, vol. II, 5.ª Edição Atualizada, Almedina, Coimbra, 2011.

GOMES, M. Januário C., *Arrendamentos Comerciais*, 2.ª Edição – Remodelada, Coimbra, Almedina, 1991.

GUEDES, Agostinho Cardoso, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, Porto, Publicações Universidade Católica, 1999.

GUEDES, Agostinho Cardoso, *O Exercício do Direito de Preferência*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2006.

GONÇALVES, Augusto Penha, *Curso de Direitos Reais*, 2.^a Edição, Universidade Lusíada – Departamento de Direito, s.l., 1994.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992.

JUSTO, A. Santos, *Direitos Reais*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

LEITÃO, Hélder Martins, *Da Acção de Preferência*, 2.^a Edição, Porto, Ecla, 1994.

LEITÃO, Luís Menezes, *Arrendamento Urbano*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos Reais*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2018.

LIMA, Carlos, “Direitos Legais de Preferência”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV – Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 495-517.

LIMA, PIRES DE – VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 388-392.

LIMA, PIRES DE – VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 367-383.

MARCELINO, Américo, “Direito de preferência e comunicação da alienação”, in *Separata da Revista Scientia Iuridica*, Tomo XXXII, n.ºs 181-183, Braga, Livraria Cruz, 1983, pp. 124-130.

MARCELINO, Américo Joaquim, “Alguns problemas de propriedade horizontal, locação e preferência”, in *Separata da Revista Scientia Iuridica*, Tomo XXXIV, n.ºs 195-196, Braga, Livraria Cruz, 1985, pp. 1-19.

MARCELINO, Américo Joaquim, *Da preferência – Estudos, Notas da doutrina e jurisprudência e Legislação mais comum*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Da cessação do contrato*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010.

MARTINS, António Carvalho, *Preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Almedina, 2003.

MIRANDA, Filipa Lobo, “Atribuição de direitos legais de preferência em Portugal, Dissertação com vista à obtenção de grau de mestre, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”, Lisboa, 2015.

MONTEIRO, Luís Miguel, “Direitos e Obrigações Legais de Preferência no Novo Regime do Arrendamento Urbano (RAU)”, in *Revista da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, AFFDL, 1995, pp. 35-72.

MORAIS, Fernando de Gravato, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, Lisboa, 2005.

MORAIS, Fernando de Gravato, “A transmissão da posição de arrendatário por efeito do trespasse do estabelecimento comercial”, in *Lusíada. Direito*, n.º 4, Porto, Universidade Lusíada Editora, 2011, pp. 237-255.

MORAIS, Fernando de Gravato, *Novo Regime do Arrendamento Comercial*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, *Direitos Reais – Segundo as prelecções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71*, Coimbra, Almedina, 1972.

MOURÃO, Mélanie da Silva, “Direito de preferência no setor imobiliário – Consequências da modificação do objeto”, Dissertação de Mestrado em Direito Privado, Universidade Católica do Porto – Direito, Porto, 2013.

PROENÇA, José Carlos Brandão, “Para uma leitura restritiva da norma (artigo 1091º do Código Civil) relativa ao direito de preferência do arrendatário”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Almedina, Lisboa, 2008, pp. 937-968.

SEIA, Jorge Alberto Aragão, *Arrendamento Urbano – Anotado e Comentado*, 7.ª Edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2003.

SERRA, Vaz Adriano, “O direito de preferência quando há retificação da escritura de compra e venda”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, Ano I, n.º 4, s.l., Ordem dos Advogados, 1941, pp. 398-409.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lisboa, Lex, 1995.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000.

VARELA, Antunes, BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, “Direitos de Preferência – Processo de Notificação”, in *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo III, Ano XV, Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, 1990, pp. 31-39.

VIERA, José Alberto, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2016.

TELLES, Inocêncio Galvão, “Direito de Preferência”, in *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo 1, Ano IX, Coimbra, Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, 1984, pp. 6-13.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA:

○ **Tribunal Constitucional:**

Acórdão n.º 583/2016, Publicado no Diário da República n.º 235/2016, Série II, de 09-12-2016, disponível para consulta em www.tribunalconstitucional.pt²¹⁰.

○ **Supremo Tribunal de Justiça:**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, disponível em RLJ 132-137.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-1987, Processo 072401, relator Solano Viana, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-05-1991, Processo 079701, relatora Vassanta Tamba, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13-02-1996, Processo 087687, relator Miranda Gusmão, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-01-2011, Processo 4363/07.9TVLSB.L1.S1, relator Salazar Casanova, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-11-2006, Processo 06B3596, relator Alberto Sobrinho, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2010, Processo 5541/03.5TBVFR.P1.S1, relator Hélder Roque, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29-04-2010, Processo 81/05.0TBMTS.P1.S1, relator Hélder Roque, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

²¹⁰ Toda a jurisprudência disponível *online* foi consultada pela última vez em 12/04/2018.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-03-2011, Processo 1113/06.0TBPVZ.P1.S1, relator Moreira Alves, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-04-2011, Processo 1464/05.1TVPR.T.P1.S1., relator Oliveira Vasconcelos, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-04-2014, Processo 363/04.9TBAMT.P2.S1, relator Hélder Roque, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29-04-2014, Processo 353/2002/P1.S1, relator Azevedo Ramos, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-01-2015, Processo 360/12.0TBCNF.C1, relator Arlindo Oliveira, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-01-2016, Processo 9065/12.1TCLRS.L1.S1, relator Tavares de Paiva, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

○ **Tribunal da Relação de Coimbra:**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23-06-2015, Processo 1275/12.8TBCBR.C1, relator Carlos Moreira, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

○ **Tribunal da Relação de Évora:**

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 09-10-2008, Processo 608/08-3, relator Maria Alexandra Santos, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

○ **Tribunal da Relação de Guimarães:**

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 07-12-2017, Processo 1130/15.0T8VNF-F.G1, relatora Maria dos Anjos Nogueira, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

○ **Tribunal da Relação de Lisboa:**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09-12-1986, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Ano XI, Tomo 5, 1986, pp. 143-144.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-12-1998, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIII, Tomo 5, 1998, p. 131.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-11-2005, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Tomo V, Ano XXX, 2005, pp. 104-108.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-05-2010, Processo 229/10.3YRLSB-7, relator Maria do Rosário Morgado, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-04-2011, Processo 3504/07.0TVLSB.L1-7, relatora Maria do Rosário Morgado, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-03-2015, Processo 9065-12.1TCLRS.L1-6, relator Tomé Ramião, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-03-2017, Processo 68/16.8T8VLS-A.L1-2, relator Ezagüy Martins, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

○ **Tribunal da Relação do Porto:**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04-09-1989, disponível em BMJ 389, p. 646.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24-10-1995, disponível em BMJ 450, p. 560.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-03-2002, Processo 0220139, relator Emídio Costa, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-02-2003, Processo 0250463, relator Oliveira Abreu, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24-11-2004, disponível em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXX, Tomo 5, 2005, pp. 201-205.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29-06-2006, Processo 0633488, relator Teles de Menezes, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24-11-2005, Processo 0534769, relator Ataíde das Neves, disponível para consulta em www.dsgi.pt.

ENDEREÇOS ELETRÓNICOS CONSULTADOS:²¹¹

- <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/carlos-lima-direitos-legais-de-preferencia/>
- <https://portal.oa.pt/upl/%7B5bc8b649-00cd-4dd4-b722-d470c3fabee8%7D.pdf>
- <https://portal.oa.pt/upl/%7B22c9025f-e928-48c4-beee-f7d1b1bf362e%7D.pdf>
- <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/339.pdf>
- https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18032/1/Tese_vFinal.pdf
- <http://www.oa.pt/upl/%7B0286D6BD-93B1-4630-B033-0A56CE5851D9%7D.pdf>
- <https://run.unl.pt/handle/10362/15180>
- <http://www.pgdlisboa.pt/>
- <https://dre.pt/>
- <http://revistas.lis.ulsiada.pt/>
- www.dsgi.pt
- www.oa.pt

²¹¹ Todos os websites e hiperligações foram revistos e confirmados em 13/04/2018.