



CHEOK IAN LEI

# A TUTELA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas,  
Menção em Direito Civil, orientada pelo Senhor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos,  
apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**CHEOK IAN LEI**

**A TUTELA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA**

**THE PROTECTION OF THE RIGHT OF FIRST REFUSAL**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção: Direito Civil

Orientador: Senhor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos

Coimbra

2017

## **AGRADECIMENTOS**

A realização desta dissertação de mestrado não teria sido possível sem o contributo e apoio de algumas pessoas.

Ao Professor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, orientador da dissertação, agradeço o apoio, a partilha do saber e as valiosas contribuições para o trabalho.

À Doutora Susana Chou, Presidente da Associação de Beneficência Tong Chai de Macau, pela confiança que me concedeu e pelo apoio prestado.

Ao meus pais, U MAN LEI e FU IONG LUM, que sempre me soube apoiar no certo momento.

Aos meus amigos que sempre se mostraram presentes para discutir ideias e apontar críticas.

Por último, o meu profundo agradecimento a todas as pessoas que contribuíram para a concretização desta dissertação.

## RESUMO

Na verdade, existem, na doutrina e na jurisprudência, múltiplas e intermináveis discussões relativamente ao direito de preferência, assim, o presente estudo tem como escopo a análise deste instituto e, designadamente, a tutela do direito de preferência.

Para além de fazermos, primeiramente, referência à história do direito de preferência, é necessário analisarmos a questão dos factos que determinam a constituição do direito de preferência, as questões relativas à comunicação para preferência e à declaração de preferência.

E ainda, também é preciso analisarmos a natureza jurídica do direito de preferência. Na realidade, existe uma variedade de concepções na doutrina relativas ao conceito e ao conteúdo do direito de preferência, ou por efeito da eficácia *erga omnes* do mesmo direito, ou ainda, por causa da distinção entre pacto de preferência e figuras próximas. Neste sentido, fazemos referência a várias concepções que se debatem actualmente na doutrina e apresentamos a nossa posição.

No final, no sentido de conhecermos a tutela do direito de preferência, fazemos referência aos meios de tutela jurídica do mesmo direito, isto é, principalmente, o direito à indemnização e o direito de recorrer à acção de preferência.

**Palavras-chave:** 1. Direito de preferência; 2. Comunicação; 3. Declaração; 4. Dever de agir de boa fé; 5. Tutela jurídica; 6. Indemnização; 7. Acção de preferência.

## ABSTRACT

In doctrine and jurisprudence, there are multiple and endless discussions regarding the right of first refusal, so the purpose of this study is to analyze this institute, in particular, the protection of the right of first refusal.

This study provides a reference to the history of the right of first refusal. It is also necessary to analyze the questions of the facts that determine the constitution of this right, and questions related to the communication for preference and the declaration of preference.

It is also necessary to examine the legal nature of the right of first refusal. It is found that in relation to the concept and content of the right, or because of the effectiveness in relation to the third parties, or because of the difference between preference pact and the close figures, there is a variety of conceptions in doctrine. Therefore, the study makes reference to several conceptions which are currently being discussed in the doctrine, and it present our position.

In order to know the protection of the right, we refer to the means of legal protection, they are mainly the right to compensation and the right to propose the preference action.

**Key-words:** 1. Right of first refusal; 2. Communication; 3. Declaration; 4. Duty to act in good faith; 5. Legal protection; 6. Compensation; 7. Preference action.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

BFD – Boletim da Faculdade de Direito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CPC – Código de Processo Civil

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

RJ – Revista Jurídica

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

## ÍNDICE

### Introdução

1. Breve história do direito de preferência
  - 1.1.O direito de preferência no direito romano
  - 1.2.O direito de preferência nas Ordenações
  - 1.3.O direito de preferência no Código Civil de 1867
2. Distinção entre pacto de preferência e figuras próximas
  - 2.1.Pacto de preferência e contrato-promessa
  - 2.2.Pacto de preferência e acordo de negociação
  - 2.3.Pacto de preferência e pacto de opção
  - 2.4.Pacto de preferência e venda a retro
3. Constituição do direito de preferência
  - 3.1.Pressuposto de constituição do direito de preferência
    - 3.1.1. Teoria da celebração do contrato projetado com terceiro
    - 3.1.2. Teoria da realização da comunicação para preferência
    - 3.1.3. Posição adoptada
  - 3.2.Situação de venda da coisa juntamente com outras
  - 3.3.Situação de prestação acessória
  - 3.4.Situações de pluralidade de preferentes
4. Comunicação para preferência
  - 4.1.Ónus de comunicar ou obrigação de comunicar
  - 4.2.Dever de agir de boa fé
  - 4.3.Conteúdo indispensável da comunicação
  - 4.4.Efeitos jurídicos da comunicação
5. Declaração de preferência

- 5.1. Conteúdo da declaração
- 5.2. Efeitos jurídicos da declaração
- 6. Natureza jurídica do direito de preferência
  - 6.1. Teorias do direito condicionado
    - 6.1.1. Preferência como promessa unilateral sujeita a condição suspensiva
    - 6.1.2. Preferência como obrigação de preferir o preferente sujeita a condição suspensiva
  - 6.2. Teoria da obrigação de conteúdo negativo
  - 6.3. Teoria do direito real de aquisição
  - 6.4. Teoria do direito potestativo
  - 6.5. Teoria da relação jurídica complexa
  - 6.6. Posição adoptada
- 7. Tutela do direito de preferência
  - 7.1. Direito à indemnização
  - 7.2. Direito de recorrer à acção de preferência
- 8. Conclusão

Referências Bibliográficas



## **Introdução**

O direito de preferência é um direito que certa pessoa tem de preferir a qualquer outra na compra de certo bem ou na realização de outro contrato compatível com a compra e venda, desde que se disponha a celebrar o contrato em igualdade de condições com terceiro<sup>1</sup>. Este direito pode provir de contrato ou da lei. Isto é, o pacto de preferência, no primeiro caso, e o direito legal de preferência, no segundo caso.

Com o objetivo de conhecer o regime do direito de preferência, para além de compreender a história, temos de analisar a questão dos factos que determinam a constituição do direito de preferência. O direito constitui-se com a celebração do pacto de preferência ou posteriormente quando o obrigado à preferência se dispõe a celebrar o contrato projetado? Ou quando o obrigado à preferência realiza a comunicação ao preferente? Ou, apenas, quando o obrigado à preferência contrata com terceiro em violação das suas obrigações?

Em seguida, colocam-se as questões relativas à comunicação para preferência e à declaração de preferência. A comunicação prevista no art.416.º do Código Civil é um ónus ou uma obrigação? Que elementos devem fazer parte da comunicação? É indispensável identificar, por exemplo, o terceiro com quem o obrigado à preferência quer contratar? No caso de o preferente pretender exercer o seu direito, que elementos devem fazer parte da declaração?

A natureza jurídica do direito de preferência tem igualmente levantado várias discussões na doutrina. O direito deve ser qualificado como um direito condicionado, um direito real de aquisição, um direito potestativo, ou uma relação jurídica complexa?

No final, coloca-se a questão relativa à tutela do direito de preferência. Como o preferente pode reagir perante a recusa do obrigado à preferência em realizar a

---

<sup>1</sup> PRATA, Ana, *Dicionário jurídico*, Vol.I, 5.ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2011, p. 509.

comunicação? No caso de o preferente ter conhecimento de termos do contrato projetado por outra via que não a comunicação, ele pode exercer o seu direito? Após a alienação a terceiro a coisa sujeita à preferência, como o preferente protege o seu direito? A acção de preferência só pode ocorrer após a alienação a terceiro?

Este estudo tem como ambição compreender mais profundamente o direito de preferência e, nomeadamente, dar respostas às questões polémicas que impõem certa resolução do mesmo direito.

## 1. Breve história do direito de preferência

Com o objetivo principal de explicar os fundamentos e interesses subjacentes do direito de preferência, iniciamos o esboço dos traços essenciais da história do instituto.

### 1.1.O direito de preferência no direito romano

Na realidade, mesmo havendo diferenças com as características que o direito de preferência apresenta atualmente, já existem várias referências ao direito de preferência no direito romano, no contexto da alienação de bens comuns pelos co-herdeiros, no contexto da enfiteuse e no contexto da cláusula constituída nos contratos de compra e venda (*pactum protimiseos*)<sup>2</sup>.

Quanto ao direito de preferência no contexto da alienação de bens comuns pelos co-herdeiros, num primeiro momento, com o objetivo de preservar a integridade da propriedade da família contra intervenções de estranhos, os co-herdeiros eram atribuídos uma preferência na aquisição dos bens comuns, estabelecendo reciprocamente entre os co-herdeiros uma obrigação de alienação na circunstância de estes decidirem alienar o bem comum, sob pena de pagamento da pena estipulada<sup>3</sup>. Num segundo momento, esta obrigação, por causa da tradição e do costume, acabou por ser inderrogável e se estender a todos os comproprietários de prédios indivisos<sup>4</sup>. No entanto, devido à forte característica individualista da propriedade no direito romano, o instituto forçou a recondução à sua origem convencional<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *A Enfiteuse no direito romano, peninsular e português*, Coimbra, 1925, pp. 51, 54 e ss.; MEIRA, Sílvio, *Instituições de Direito Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, pp. 285, 286 e 355; NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, in Suplemento ao BFD, Coimbra, 1947, pp. 192 e ss.; GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2006, p. 38.

<sup>3</sup> NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, cit., pp. 193 e 196; ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, in BFD, Coimbra, Vol.78, 2002, p. 441.

<sup>4</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 441

<sup>5</sup> NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, cit., p. 196; GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 39.

No que diz respeito ao direito de preferência no contexto da enfiteuse, impondo ao enfiteuta uma obrigação de denunciar ao proprietário o propósito de alienar a enfiteuse na circunstância de aquele de alienar o seu direito, o proprietário tinha o direito de preferência, dentro do prazo de dois meses após a denúncia, mediante o pagamento da soma que o enfiteuta pudesse receber de terceiros<sup>6</sup>.

Quanto ao direito de preferência no contexto da compra e venda, já existe a referência ao *pactum protimiseos* no direito romano, isto é, o vendedor reservava para si o direito de preferência em igualdade de condições se o comprador decidisse revender o bem adquirido<sup>7</sup>. No entanto, o preferente só tinha o direito à indemnização no caso da alienação a terceiro em violação do pacto, por outras palavras, o preferente não tinha o direito de exercer a preferência em relação ao terceiro<sup>8</sup>. Importa salientar que, a obrigação resultante do pacto de preferência era considerada como um *non facere*, por não vender a estranhos, no direito romano<sup>9</sup>.

## 1.2.O direito de preferência nas Ordenações

Foram reconhecidas várias formas de preferência no direito medieval português. É a situação do direito de avoenga e do direito de opção<sup>10</sup>.

No que diz respeito ao direito de avoenga, com o objetivo de proteção do património familiar, os parentes mais próximos dos proprietários de bens de raiz eram atribuídos a preferência, na circunstância da alienação ou oneração desses bens<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *A Enfiteuse no direito romano, peninsular e português*, cit., p. 49.

<sup>7</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *O direito das obrigações em Roma (III Parte)*, in RJ, n.º 21 (1997), p. 155; ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., pp. 440 e 441.

<sup>8</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *A Enfiteuse no direito romano, peninsular e português*, cit., p. 56; LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, Vol.I, Coimbra, 1944, pp. 24 e ss..

<sup>9</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 441.

<sup>10</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 442. Importa salientar que, de acordo com PINTO LOUREIRO, as origens do direito de preferência na legislação portuguesa podem remontar ao direito de avoenga e ao direito de opção (LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, cit., pp. 13 e ss.).

<sup>11</sup> CRUZ, Guilherme Braga da, *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, Tomo I, Braga, Livraria Cruz, 1941, pp. 38 e ss. e 139 e ss..

Na verdade, essa necessidade de proteção do património da família é determinada por dois factores: o reforço da coesão da família determinado pela insegurança daquela época e a valorização da propriedade imobiliária<sup>12</sup>.

A preferência aos parentes mais próximos, exercida por justo preço, na alienação de proprietários de bens de raiz era assegurada por uma lei de D. Afonso II<sup>13</sup>, e posteriormente, a igualdade de condições e o prazo para o exercício da preferência vieram a ser estabelecidos por uma lei de D. Afonso III<sup>14</sup>.

A lei de D. Afonso II acima referida, que assegurava o exercício da preferência pelo justo preço, foi revogada pelas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 37, parágrafos 2 e 5)<sup>15</sup>.

Com a promulgação das Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 25), a abolição do direito de avoenga foi expressamente consagrada. Na realidade, esta abolição é principalmente determinada por dois factores: por um lado, para as classes populares, o direito de avoenga causava uma instabilidade nas transacção; por outro lado, para a classe nobre, as finalidades que o mesmo direito pretendia atingir puderam ser igualmente acauteladas pela instituição dos morgados<sup>16</sup>.

Como o direito de avoenga também não foi consagrado pelas Ordenações Filipinas nem pelo Código Civil de 1867, já desaparece definitivamente da nossa ordem jurídica<sup>17</sup>.

Quanto ao direito de opção, no século XII, ainda antes das Ordenações Afonsinas, já

---

<sup>12</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 442.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 443.

<sup>14</sup> CRUZ, Guilherme Braga da, *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, cit., pp. 39 nota n.º63 e n.º64, 45 e ss. e 281 e ss..

<sup>15</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 443; GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 44 e 45.

<sup>16</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 443; GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 45 nota n.º21.

<sup>17</sup> CRUZ, Guilherme Braga da, *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, cit., p. 290; ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 443; LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, cit., p. 16.

existe, em sede de enfiteuse, cláusula acessória que assegurava ao senhorio o direito de preferência na alienação do domínio útil<sup>18</sup>.

Este direito de preferência a favor do senhorio, exercido em igualdade de condições com o projetado comprador, acabou por ser acolhido nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 79). Importa salientar que, este direito do senhorio podia ser derogado por convenções das partes, ou seja, era renunciável<sup>19</sup>.

O mesmo direito foi também reconhecido pelas Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 64). O foreiro que decidisse alienar «a coufa aforada» deveria notificar o senhorio de tal decisão. Se o senhorio pretendesse adquirir «a coufa aforada», poderia exercer o seu direito, mediante declaração, em igualdade de condições com o projetado comprador. Assim, se o senhorio não declarasse pretender adquirir<sup>20</sup>, o foreiro poderia alienar livremente «a coufa aforada». E ainda, este direito do senhorio manteve a possibilidade de ser derogado por convenções das partes, seguindo os termos definidos nas Ordenações Afonsinas<sup>21</sup>.

E posteriormente, as Ordenações Filipinas também continuavam a assegurar este direito de preferência do senhorio (Livro IV, Título 38)<sup>22</sup>.

### **1.3.O direito de preferência no Código Civil de 1867**

O Código Civil de 1867, que não apenas acolheu o direito de preferência do senhorio na alienação ou dação em pagamento do domínio útil, mas também estendeu o mesmo direito ao foreiro e aos co-enfiteutas na venda ou dação em pagamento do domínio direto

---

<sup>18</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Origem da enfiteuse no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1957, pp. 105 e ss. e 123 e ss..

<sup>19</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., pp. 443 e 444; GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 47.

<sup>20</sup> Se o senhorio estivesse interessado na aquisição do foro, deveria realizar a declaração no prazo de trinta dias. Senão, o foreiro poderia alienar livremente o foro (GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 48).

<sup>21</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 444; GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., pp. 47-48.

<sup>22</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 444.

(art.1678.º do Código Civil de 1867)<sup>23</sup>.

Para além disso, o Código Civil de 1867 criou vários novos direitos legais de preferência, por exemplo, o direito do comproprietário na alienação a terceiros da quota sobre coisa indivisível (art.1566.º do Código Civil de 1867), o direito recíproco do censuário e do censuista na alienação ou dação em pagamento do prédio censítico ou da pensão ou prestação anual (art.1708.º do Código Civil de 1867), e o direito recíproco do posseiro e do quinhoeiro na alienação ou dação em pagamento da posse ou quinhão do posseiro e na alienação ou dação em pagamento do quinhão por parte dos quinhoeiros (art.2195.º do Código Civil de 1867).

No que diz respeito à admissibilidade dos pactos de preferência, uma vez que o Código Civil de 1867 não tem previsto o pacto de preferência na sua redação inicial, vários discussões na jurisprudência foram provocadas, como por exemplo, há jurisprudência que argumentava que a admissibilidade do pacto de preferência constituiria uma ofensa ao direito de alienação (art.2359.º do Código Civil de 1867), e também há jurisprudência que argumentava com o princípio da liberdade contratual, consagrado no art.672.º do Código Civil de 1867, e a inexistência de inibição expressa<sup>24</sup>.

Com o objetivo de resolver a questão da admissibilidade dos pactos de preferência acima referida, foi promulgado o Decreto n.º19126, de 16 de dezembro de 1930. Isto é, o Decreto aditou ao art.1568.º um novo n.º4, que previa que o vendedor ficava obrigado a «responder por perdas e danos no caso de não cumprir a obrigação, que tenha tomado, de vender ou dar preferência a determinado indivíduo». Por consequência, a admissibilidade dos pactos de preferência acabou por ser expressamente consagrada por esta norma<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 49; ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 444.

<sup>24</sup> LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, cit., pp. 27 e 28.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Teodoro Bastos de, *Boa fé e notificação para preferência*, cit., p. 444; LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, cit., pp. 27 e 28; LOUREIRO, José Pinto, *Em torno da natureza*

Em 25 de novembro de 1966, o Código Civil vigente foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º47344, e a partir daí, assistiu-se à proliferação de direitos de preferência<sup>26</sup>.

Depois de ter conhecimento da história do direito de preferência no nosso ordenamento jurídico, vamos fazer referência à constituição do mesmo direito, isto é, importa determinar qual o facto que desencadeia a constituição do direito de preferência.

---

*jurídica do direito de preferência, in BFD, Coimbra, Vol.20, 1944, p. 402.*

<sup>26</sup> LEITÃO, Helder Martins, *Da acção de preferência*, 4.ª ed., Porto, 2000, p. 14.



## **2. Distinção entre pacto de preferência e figuras próximas**

O pacto de preferência tem como objetivo a eventual celebração de um contrato futuro, sob esta perspectiva, o pacto de preferência parece desempenhar uma função semelhante ao contrato-promessa e aos acordos de negociação. Agora, vamos fazer referência à distinção entre pacto de preferência e essas duas figuras.

### **2.1.Pacto de preferência e contrato-promessa**

O contrato-promessa é uma convenção pela qual as partes se comprometem a celebrar um outro contrato<sup>27</sup>. Nos termos do art.410.º do Código Civil, o promitente tem a obrigação de celebrar o contrato prometido.

Diferentemente deste instituto, na relação de preferência, o obrigado à preferência só tem a obrigação de dar preferência ao preferente, isto é, de escolhê-lo como contraente, no caso de aquele se decidir, eventualmente, a contratar e de o preferente aceitar as condições ajustadas com terceiro<sup>28</sup>.

Isto quer dizer, o contrato-promessa atribui ao promissário um direito de exigir a celebração do contrato prometido, mas o pacto de preferência não atribui mesmo direito ao preferente. Isto é, só quando o obrigado à preferência decidir celebrar o contrato projetado em determinadas condições com certo terceiro e o preferente declarar, dentro do prazo que dispõe para o efeito, que quer exercer o seu direito, o mesmo preferente tem o direito de exigir a celebração do contrato projetado com o obrigado à preferência.

### **2.2.Pacto de preferência e acordo de negociação**

Acordos de negociação são os acordos ou contratos cujo efeito principal se traduza na constituição de uma obrigação de negociar a celebração de um eventual contrato futuro,

---

<sup>27</sup> PRATA, Ana, *Dicionário jurídico*, cit., p. 391.

<sup>28</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Obrigação de preferência*, in BMJ, n.º76 (1958), p. 135; VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol.I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 377; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, Vol.I, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 252; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 405; FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, Vol.I, Coimbra, Almedina, 2003, p. 287.

quer essa obrigação recaia sobre todos os contraentes, quer recaia sobre apenas algum dos contraentes<sup>29</sup>.

Isto quer dizer, as partes só tem a obrigação de negociar e não tem a obrigação de contratar. A celebração do contrato definitivo é dependente do sucesso das negociações.

Assim, ainda que o acordo de negociação e o pacto de preferência sejam contratos preparatórios, existem diferenças fundamentais.

Por um lado, o acordo de negociação constitui uma obrigação de negociar em vista de celebrar um eventual contrato futuro, todavia, quanto ao pacto de preferência, não existe qualquer obrigação de negociar em vista de celebrar o contrato projetado entre o preferente e o obrigado à preferência, uma vez que o conteúdo do projeto de contrato é determinado pelo obrigado à preferência e terceiro. Ou seja, a negociação é desenvolvida entre o obrigado à preferência e o terceiro, e se o preferente quiser exercer o seu direito, só pode aceitar as condições ajustadas entre aqueles. Assim, caso o preferente queira negociar com o obrigado à preferência alguma das condições que lhe foi comunicada, poderá perder o seu direito por caducidade.

Por outro lado, uma vez que o acordo de negociação constitui apenas uma obrigação de negociar e não uma obrigação de contratar, é possível que a negociação das partes, no final, não conduza à celebração do contrato definitivo, e mesmo assim, não está em causa um incumprimento das obrigações emergentes de tal acordo. Só quando uma parte se recusar a negociar ou negociar de má-fé, está em causa um incumprimento da sua obrigação de negociar. No entanto, na relação de preferência, desde que o preferente declare que, no prazo que dispõe para o efeito, quer exercer o seu direito, o obrigado à preferência tem a obrigação de contratar com ele nas mesmas condições ajustadas com terceiro. Neste caso, se o obrigado à preferência não celebrar o contrato projetado com o

---

<sup>29</sup> GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 272.

preferente, está em causa um incumprimento da sua obrigação de contratar.

### **2.3.Pacto de preferência e pacto de opção**

O pacto de opção é definido pelo acordo pelo qual «uma das partes emite uma declaração, a que fica adstrita, dando-se à outra parte o direito de a aceitar ou não, e de tal forma que, aceitando-a, se aperfeiçoe o contrato»<sup>30</sup>.

Isto quer dizer, uma das partes tem o direito de aceitar a proposta já emitida pela primeira (correspondente ao contrato definitivo), e caso o beneficiário do direito declare a sua aceitação, aperfeiçoa-se o contrato definitivo. Neste sentido, ainda que se trate de um contrato preparatório, o pacto de opção contém já uma das declarações do contrato definitivo, podendo ser celebrado mediante uma simples declaração de aceitação do beneficiário.

Diferentemente, a celebração do pacto de preferência não se traduz em constituir imediatamente o direito de preferência, mas apenas pressupõe uma eventual constituição futura do mesmo direito. Só quando o obrigado à preferência decidir celebrar o contrato em determinadas condições com certo terceiro, fica obrigado a dar prioridade ao preferente. E só quando o preferente declarar que quer preferir, o obrigado à preferência fica obrigado a contratar com ele.

Para além disso, existem outra diferença que tem a ver com as condições em que preferente e beneficiário exercem o seu direito. Isto é, o exercício do direito de preferência leva à celebração de um negócio cujas condições resultaram de uma negociação entre o obrigado à preferência e o terceiro interessado, sem qualquer intervenção do preferente. Pelo contrário, o negócio resultante do exercício da opção é livremente negociado entre as partes do pacto, sem que seja essencial a este a referência a qualquer intervenção do terceiro.

---

<sup>30</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit., p. 288.

Note-se que o pacto de preferência não se reduz a uma simples promessa de opção, pois a comunicação para preferência não é necessariamente uma proposta<sup>31</sup>. Isto é, o art.416.º, n.º1, do Código Civil só obriga o obrigado à preferência a comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato, não o obriga a propor ao preferente a celebrar um contrato projetado.

Em suma, na situação do pacto de opção, a constituição do direito é certa e resulta imediatamente do pacto<sup>32</sup>; todavia, na situação do pacto de preferência, a constituição do direito é eventual, ou seja, é dependente da verificação do seu pressuposto.

#### **2.4.Pacto de preferência e venda a retro**

Quanto à venda a retro, a lei atribui ao vendedor a faculdade de resolver o contrato, dentro de dois ou cinco anos a contar da venda, conforme esta for de bem móveis ou imóveis (arts.927.º e ss.).

O que podemos encontrar de particular num contrato deste tipo é uma vontade prévia do vendedor de reaver a coisa vendida. A coisa pode retornar à esfera patrimonial do vendedor mediante restituição do preço, e tal resolução do contrato só depende da vontade do vendedor.

Neste sentido, a venda a retro implica a faculdade de resolução da alienação anterior por simples declaração de vontade do vendedor, e este, por isso, deve entregar o preço primitivo. Diferentemente, o pacto de preferência prevê a celebração eventual de um futuro contrato de compra e venda (ou de outra natureza). O preferente pode exercer o seu direito através de uma declaração positiva de preferência, pagando o preço que o terceiro interessado estaria disposto a dar. Por consequência, o pacto de preferência não se

---

<sup>31</sup> É claro que existe uma possibilidade de o obrigado à preferência configurar a sua comunicação ao preferente como uma proposta (cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, Vol.I, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 504).

<sup>32</sup> ANTUNES VARELA entende que no pacto de opção há já a declaração contratual de uma das partes num contrato em formação (cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 378).

confunde com a venda a retro.

Depois de analisarmos as diferenças entre o pacto de preferência e as figuras próximas, vamos falar sobre a natureza jurídica do direito de preferência.

### **3. Constituição do direito de preferência**

Na realidade, a lei não prevê expressamente a constituição do direito de preferência. Apenas o art.416.º, n.º1, do Código Civil, que se refere à constituição de uma obrigação de comunicar, «querendo vender a coisa que é objecto do pacto, o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato», parece poder ser, indiretamente, ligado à constituição do direito de preferência.

Uma vez que o direito de preferência atribui ao preferente uma prioridade sobre certo terceiro na celebração de determinado contrato, é relevante determinar qual o facto que suscita a constituição do direito de preferência, quer por via legal, quer por via convencional.

No que diz respeito aos direitos de preferência de fonte convencional, o obrigado à preferência pode, antes da celebração do pacto de preferência, em regra, decidir contratar, livremente, com quem entenda. No entanto, depois da celebração do pacto, o obrigado à preferência não poderá contratar com o terceiro sem, previamente, oferecer ao preferente a possibilidade de exercer o seu direito de preferir.

Importa salientar que, essa celebração do pacto de preferência não se traduz em constituir imediatamente o direito de preferência, mas apenas pressupõe uma possível constituição futura do mesmo direito. E ainda, o tipo de contrato objeto da preferência estará determinado no pacto de preferência.

Quanto aos direitos legais de preferência, é relevante tomar em consideração, para além dos arts.414.º e seguintes do Código Civil, os factos previstos pelas normas que atribuem os direitos de preferência em causa. E o tipo de contrato objeto da preferência estará determinado na norma que estabelece a preferência.

Assim, se o obrigado à preferência se decidir pela celebração de um contrato não abrangido pela preferência (como na situação de a preferência se referir a um objeto

diferente<sup>33</sup>, ou na situação de o negócio celebrado ser de natureza diferente<sup>34</sup>), não se constitui o direito de preferência.

### **3.1.Pressuposto(s) de constituição do direito de preferência**

#### **3.1.1. Teoria da celebração do contrato projetado com terceiro**

No ordenamento jurídico alemão, o exercício do direito de preferência tem como efeito jurídico a constituição de um contrato de compra e venda<sup>35</sup>, entre o preferente e o obrigado à preferência, de conteúdo idêntico ao contrato celebrado entre o obrigado à preferência e o terceiro.

Note-se que, neste caso, o pressuposto de constituição de mesmo direito é a celebração de um contrato de compra e venda entre o obrigado à preferência e o terceiro. Assim, a fim de que se constitua o direito de preferência, é necessário que esse contrato seja completamente válido e eficaz<sup>36</sup>.

Uma vez celebrado o contrato de compra e venda, o obrigado à preferência fica obrigado a comunicar ao preferente o conteúdo do contrato celebrado entre o mesmo obrigado e o terceiro. O preferente, mediante uma declaração positiva dirigida ao obrigado à preferência, pode exercer o seu direito de preferir, e assim, constitui-se um novo contrato de compra e venda, entre o preferente e o obrigado à preferência, de conteúdo igual ao contrato celebrado entre o obrigado à preferência e o terceiro<sup>37</sup>.

VAZ SERRA, que parece ter chegado a aderir as posições no ordenamento jurídico alemão, sustentava que o pressuposto do direito de preferência seria a realização do

---

<sup>33</sup> Por exemplo, X prometeu a preferência a Y na alienação da coisa A, se X decidir vender a terceiro a coisa B, não se constitui o direito de preferência.

<sup>34</sup> Por exemplo, X prometeu a preferência a Y na alienação da coisa A, no caso de X doar a coisa A, não há lugar à constituição do direito de preferência.

<sup>35</sup> No ordenamento jurídico alemão, os direitos legais de preferência são eficazes em sede de contrato de compra e venda. Todavia, a constituição de direitos convencionais de preferência, que tem por objeto outros contratos, é também admitida.

<sup>36</sup> GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *A natureza jurídica do direito de preferência*, Coimbra, cit., p. 84.

<sup>37</sup> *Ibid.*

contrato projetado entre obrigado à preferência e terceiro. Isto quer dizer, uma vez celebrado esse contrato, o preferente «ficou a poder contar com o exercício do seu direito de acordo com as cláusulas dele constantes»<sup>38</sup>.

Segundo este autor, a declaração de vontade do obrigado à preferência, «traduzida na alienação a terceiro, vale como proposta irrevogável de contrato ao titular do direito de preferência ou como abrindo lugar para o exercício do direito de preferência»<sup>39</sup>.

Por consequência, a doutrina acaba por reconhecer que a violação do direito de preferência só se consubstancia, para além da inexistência da comunicação e da efectivação de tal comunicação por forma deficiente, quando o obrigado à preferência tenha concluído o contrato projetado com terceiro em detrimento do preferente.

Esta doutrina sustenta que, até ao momento da celebração do contrato projetado com terceiro, o obrigado à preferência pode recuar na sua decisão de alienar. Isto quer dizer, apenas quando o contrato projetado serem concluído, o obrigado à preferência não pode recuar na sua decisão de alienar. Se o obrigado à preferência recuar na sua decisão, o preferente não tem o direito de preferir. Assim, só no momento da celebração do contrato projetado com terceiro constitui-se o direito de preferência, por outras palavras, o pressuposto de constituição de direito de preferência é a conclusão do contrato projetado.

Na realidade, a transferência de direitos reais no contexto do direito positivo gemânico é efetivamente diferente do direito positivo português. Isto é, o BGB impõe que a transferência de direitos reais seja objeto de dois contratos. A celebração de um contrato de compra e venda, que é o primeiro contrato, não determina a transmissão da propriedade, mas apenas a constituição de efeitos obrigacionais, quer dizer, a celebração do contrato de compra e venda só constitui a causa justificativa para o negócio de disposição, que é o

---

<sup>38</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Obrigações de preferência*, cit., p. 201.

<sup>39</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Obrigações de preferência*, cit., pp. 200 e 201.



segundo contrato<sup>40</sup>.

A transmissão da propriedade só ocorrerá com a celebração do negócio de disposição, que é um negócio celebrado entre o comprador e o vendedor, em cumprimento do primeiro contrato, sobre a transmissão da propriedade, e ainda, esse segundo contrato é acompanhado pela entrega da coisa na situação de a coisa ser móvel, ou pelo registo na situação de a coisa ser imóvel<sup>41</sup>.

Neste sentido, no ordenamento jurídico alemão, o pressuposto de constituição do direito de preferência é sempre a celebração do contrato de compra e venda, e este primeiro negócio, na verdade, não constitui ainda a transmissão da propriedade. O obrigado à preferência só fica obrigado a realizar a comunicação ao preferente depois da celebração do contrato de compra e venda, quer dizer, uma vez celebrado este contrato, o obrigado à preferência tem obrigação de comunicar ao preferente as condições em que aquele já contratou.

No caso de o preferente declarar que quer exercer o seu direito, constitui-se um contrato de compra e venda entre ele e o obrigado à preferência, e neste momento, o preferente ainda não adquire a propriedade da coisa sujeita à preferência. Só quando o preferente e o obrigado à preferência realizarem o negócio de disposição em cumprimento do contrato de compra e venda celebrado anteriormente, o preferente adquire a propriedade da coisa.

Por outro lado, no contexto do direito positivo português, a transferência de direitos reais verifica-se, em regra, por mero efeito do contrato (art.408.º, n.º1, do Código Civil), assim, por exemplo, uma vez celebrado o contrato de compra e venda, constitui-se a transmissão da propriedade.

---

<sup>40</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do código civil português*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 608.

<sup>41</sup> *Ibid.*

Neste sentido, se o pressuposto de constituição do direito de preferência fosse a celebração do contrato projetado com terceiro, este pressuposto não apenas determinaria a constituição do mesmo direito, mas também determinaria, ao mesmo tempo, a impossibilidade de exercício do direito de preferência, o que seria uma consequência evidentemente absurda.

Para além disso, se o pressuposto de constituição do direito de preferência fosse a celebração do contrato projetado com terceiro, seria também inexplicável que a obrigação de comunicar se constituísse antes da alienação do obrigado à preferência a terceiro, pois, nesse momento, ainda não se teria constituído o direito de preferir, a menos que a comunicação prevista no art.416.º do Código Civil fosse um aviso do incumprimento futuro.

Na verdade, como vimos acima, mesmo no ordenamento jurídico alemão, o exercício do direito de preferência ocorre antes da alienação da coisa sujeita à preferência, ou seja, antes da celebração do negócio de disposição, só que ocorre também depois da celebração do contrato de compra e venda, uma vez que a celebração desse contrato e a alienação, no direito positivo alemão, não coincidem nos efeitos.

No entanto, no contexto do direito positivo português, a alienação é um efeito automático da celebração do contrato de compra e venda. Assim, é necessário que o exercício do direito de preferência ocorra antes da celebração do contrato projetado a fim de que tal exercício também possa ocorrer antes da alienação.

Podemos concluir que, o modo normal de exercício do direito de preferência é que o do exercício do mesmo direito ocorre antes da alienação a terceiro. Neste sentido, o pressuposto de constituição do direito de preferência não deve ser a celebração do contrato projetado com terceiro, ou seja, não deve ser a alienação da coisa sujeita à preferência, mas deve ser um facto anterior à alienação. A celebração do contrato projetado com terceiro, a

nosso ver, é apenas a violação das obrigações que incumbem ao obrigado à preferência, e assim, desencadeia a constituição de uma obrigação de indemnizar pelos danos causados<sup>42</sup>.

### **3.1.2. Teoria da realização da comunicação para preferência**

Como já referimos, o facto que suscita a constituição do direito de preferência deve ser um facto ocorrido antes da celebração do contrato projetado com terceiro, alguma doutrina sustenta que tal facto é efetivamente a realização da comunicação para preferência.

De acordo com HENRIQUE MESQUITA, quando o obrigado à preferência chegar a acordo sobre as condições do negócio objeto da preferência com determinado terceiro, fica constituído na obrigação de comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato<sup>43</sup>, e só após a realização desta obrigação de comunicar, constitui-se o direito de preferência na esfera jurídica do preferente, isto quer dizer, a constituição do direito de preferência só sucede na sequência da realização da comunicação para preferência<sup>44</sup>.

Segundo este autor, mesmo tendo conhecimento, por outra via que não a comunicação do obrigado à preferência, do projeto de alienação da coisa sujeita à preferência, o preferente não pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação de comunicar, uma vez que o obrigado à preferência, enquanto não celebrar o contrato de alienação com o terceiro, está sempre a tempo de realizar a comunicação. Isto quer dizer, nada pode o preferente fazer senão aguardar que o obrigado à preferência lhe seja notificado, incluindo

---

<sup>42</sup> Não negamos uma possibilidade de recorrer à acção de preferência (art.1410.º do Código Civil) nas situações dos direitos legais de preferência e dos direitos convencionais de preferência com eficácia real.

<sup>43</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 207 e 208.

<sup>44</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 210 e 211; MESQUITA, Manuel Henrique, *Anot. ao Acórdão do STJ de 2 de Março de 1999*, in RLJ, Ano 132.º (1999-2000), p. 212; MESQUITA, Manuel Henrique, *Anot. ao Acórdão do STJ de 23 de Junho de 1992*, in RLJ, Ano 126.º (1993-1994), pp. 62 e 63.

o exercício do direito de preferir<sup>45</sup>.

Em suma, a doutrina sustenta que o obrigado à preferência está sempre a tempo de realizar a comunicação antes da celebração do contrato de alienação, e ainda, só depois de o obrigado à preferência realizar a comunicação, constitui-se o direito de preferência. Assim, o pressuposto de constituição do mesmo direito é a realização da comunicação.

A nosso ver, esta perspectiva possibilitará causar um resultado injusto. Isto é, mesmo tendo conhecimento, por outra via que não a comunicação do obrigado à preferência, de todos os termos do contrato projetado, o preferente ainda não pode exercer o seu direito, e, muitas vezes, isto é só por causa de o obrigado à preferência não querer realizar a comunicação, a qual deve ser devidamente feita pelo mesmo segundo a lei.

Por consequência, a constituição do direito de preferência passa a ficar dependente não da decisão de realizar a alienação feita pelo obrigado à preferência, mas da sua vontade de tornar o direito de preferência exercitável. Isto quer dizer, o obrigado à preferência é permitido ganhar uma vantagem, mediante incumprimento da obrigação de comunicar, da não constituição do direito de preferência, e conseqüentemente, constitui-se uma ofensa ao princípio da boa fé.

Na verdade, esta situação é ainda mais injusta nas circunstâncias de direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional. De acordo com a perspectiva acima referida, o não cumprimento da obrigação de comunicar deixará o preferente na circunstância de assistir à extinção do seu direito sem poder fazer nada para o evitar, por outras palavras, o preferente só poderá exigir a indemnização pelos danos sofridos. O direito de preferência, neste caso, depende de um comportamento do obrigado à preferência que não lhe pode ser exigido, parecendo não haver proteção jurídica dos

---

<sup>45</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 211; MESQUITA, Manuel Henrique, *Anot. ao Acórdão do STJ de 23 de Junho de 1992*, cit., p. 63.

interesses do titular do direito convencional de preferência com eficácia meramente obrigacional. Por consequência, a nosso ver, essa perspectiva não é razoável.

A exigibilidade de realização da comunicação não é, de facto, o único problema. Isto é, mesmo que a comunicação para preferência seja exigível, se o facto que suscita a constituição do direito de preferência fosse a realização da comunicação, o comportamento da comunicação é, ao mesmo tempo, o facto que determina a constituição da obrigação de comunicar e o cumprimento dessa mesma obrigação, o que é evidentemente absurdo.

A nosso ver, o objetivo da comunicação é informar o preferente de que foi ajustado o negócio projetado com terceiro em determinadas condições e de que o preferente pode exercer o seu direito de preferir nas mesmas condições. Isto quer dizer, o obrigado à preferência informa o preferente, através da comunicação, de que ele pode exercer o seu direito, um direito que já se constituiu no momento em que se realiza a comunicação.

Por consequência, o direito de preferência não é, na verdade, uma consequência da comunicação, ou seja, o pressuposto de constituição do direito de preferência não deve ser a realização da comunicação para preferência, mas um facto anterior a essa comunicação.

### **3.1.3. Posição adoptada**

A nosso ver, o direito de preferência nasce não com a constituição da relação jurídica de onde decorre a relação de preferência na circunstância dos direitos legais de preferência, nem com a celebração do pacto de preferência na circunstância dos direitos convencionais de preferência, mas com a verificação do pressuposto que determina a constituição do mesmo direito.

Antes de verificar o pressuposto de constituição do direito de preferência, o preferente não goza sequer de uma expectativa jurídica, mas só tem uma mera expectativa de que pode vir a adquirir o bem sujeito à preferência um dia, com prioridade sobre o terceiro, se o obrigado à preferência decidir aliená-lo.

Como já referimos, o facto que determina a constituição do direito de preferência deve ser um facto anterior à comunicação para preferência, e ainda, de acordo com o art.416.º, n.º1, do Código Civil, «querendo vender a coisa» é o pressuposto de realização da comunicação, isto quer dizer, quando o obrigado à preferência tomar a decisão de alienação da coisa sujeita à preferência, deve informar o preferente, através da comunicação, de que ele pode exercer o seu direito. Neste sentido, parece razoável que considere a decisão de alienação como o pressuposto de constituição do direito de preferência.

No entanto, importa sublinhar que o art.416.º, n.º1, do Código Civil pressupõe a existência de um projeto efetivo de contrato e as cláusulas do respetivo contrato, assim, a constituição do direito de preferência depende não apenas de uma decisão de alienação feita pelo obrigado à preferência, mas é essencial que este tenha decidido alienar em certas condições.

Para além disso, também é necessário que exista um terceiro com quem o obrigado à preferência tenha ajustado o projeto de contrato devido ao conteúdo de preferência e ao facto de a comunicação se referir a esse projeto.

Essa perspectiva é, de facto, também sustentada na doutrina, como afirma LACERDA BARATA, não está em causa a comunicação do projeto e das cláusulas do respetivo contrato a mera conversa ou a informação em que, por maneira incompleta, hesitante ou genérica, o obrigado à preferência exteriorize uma intenção de contratar<sup>46</sup>.

Neste sentido, caso o obrigado à preferência só simplesmente decida contratar ou só tenha definido em que condições o quer fazer sem a existência de um terceiro interessado em contratar, qualquer aviso que o obrigado à preferência faça ao preferente não constitui a comunicação prevista no art.416.º do Código Civil, mas uma simples proposta de alienação,

---

<sup>46</sup> BARATA, Carlos Lacerda, *Da obrigação de preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 118 e 119.

ou só tem um teor meramente informativo da sua intenção de contratar. Note-se que, nenhuma destas duas circunstâncias visa dar prioridade concreta ao preferente.

Por consequência, a fim de que se constitua o direito de preferência, é essencial que o obrigado à preferência tenha decidido celebrar o contrato objeto da preferência, e que já exista um projeto de contrato com os seus termos essenciais perfeitamente definidos e um terceiro interessado em contratar com o mesmo obrigado.

Importa salientar que, o facto que determina a constituição do direito de preferência não é efetivamente o comportamento de onde se infere a decisão de realizar o negócio, mas a própria decisão em si, a qual é logicamente anterior a aquele comportamento. O comportamento externo<sup>47</sup> que traduz a decisão só é uma consequência da mesma.

Neste sentido, mesmo nas circunstâncias em que a exteriorização da decisão de realizar o negócio seja feita através da comunicação, este comportamento (a comunicação) não é o pressuposto de constituição do direito de preferência, mas apenas um cumprimento da obrigação de comunicar.

Em conclusão, a nosso ver, o pressuposto de constituição do direito de preferência é a decisão definitiva de alienar a certo terceiro em determinadas condições. E ainda, não devemos confundir esse pressuposto (a própria decisão em si) com tais comportamentos externos que traduzem a decisão (a comunicação, a celebração de um contrato-promessa ou o próprio contrato projetado com terceiro).

### **3.2.Situação de venda da coisa juntamente com outras**

Nos termos do art.417.º, n.º1, do Código Civil, «se o obrigado quiser vender a coisa juntamente com outra ou outras, por um preço global, pode o direito ser exercido em relação àquela pelo preço que proporcionalmente lhe for atribuído, sendo lícito, porém, ao

---

<sup>47</sup> A decisão de realizar o negócio, muitas vezes, é exteriorizada pelo obrigado à preferência através da comunicação, todavia, também pode ser exteriorizada através de outros comportamentos, como por exemplo, a celebração de um contrato-promessa, ou até a celebração do próprio contrato projetado com terceiro.

obrigado exigir que a preferência abranja todas as restantes, se estas não forem separáveis sem prejuízo apreciável».

Isto quer dizer, para além da coisa originalmente sujeita à preferência, se o obrigado à preferência pretender incluir outras coisas no contrato projetado, por um preço global, o preferente não apenas pode exercer o seu direito em relação à venda global, mas também pode exercê-lo apenas em relação à coisa originalmente sujeita à preferência pelo preço que proporcionalmente lhe for atribuído.

Neste sentido, o legislador permite ao preferente o exercício do direito de preferência em relação ao negócio ajustado com terceiro abrangendo, para além do bem sujeito à preferência, todos os outros incluídos nesse negócio, ou seja, a lei, neste caso, alarga o âmbito do direito de preferência.

No entanto, caso o preferente não pretenda exercer o seu direito de preferir nestes termos e, ao invés, queira exercer a faculdade de reduzir o exercício à coisa efetivamente sujeita à preferência, é possível que o obrigado à preferência se oponha ao exercício de tal faculdade desde que a separação das coisas não seja possível sem prejuízo apreciável, neste caso, o preferente só pode celebrar o negócio nas condições ajustadas com terceiro sem separação das coisas.

O prejuízo apreciável, aqui, deve ser avaliado na perspectiva dos interesses do obrigado à preferência, isto é, se a separação prejudicará os interesses do obrigado à preferência no negócio projetado<sup>48</sup>.

Na verdade, o legislador, por um lado, não quer prejudicar os interesses do preferente, forçando este a comprar coisas que não lhe interessam por um preço superior ao previsto,

---

<sup>48</sup> De acordo com AGOSTINHO CARDOSO GUESDES, o prejuízo previsto no art.417.º, n.º1, do Código Civil pode resultar de várias situações: primeiro, a separação das coisas causa dano material a alguma delas; segundo, cada coisa vale mais em conjunto com as outras do que valeria individualmente; terceiro, o exercício do direito de preferência apenas em relação a coisa sujeita à preferência impedirá a alienação das restantes coisas ao terceiro (cfr. GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 567).



assim, a lei permite ao preferente exercer o seu direito apenas em relação à coisa sujeita à preferência; por outro lado, quer também proteger os interesses do obrigado à preferência, assim, sempre que a alienação global tenha alguma razão relevante, o obrigado à preferência pode exigir que a preferência abranja as coisas restantes no caso de o preferente pretender exercer o seu direito.

Importa salientar que, o art.417.º do Código Civil não é aplicável a todos os casos em que o obrigado à preferência decida vender a coisa sujeita à preferência em conjunto com outra(s) coisa(s), mas apenas se aplica à situação em que a venda seja decidida pelo obrigado à preferência por um preço global.

Isto quer dizer, caso o obrigado à preferência decida alienar um conjunto de coisas, nelas incluindo a coisa sujeita à preferência, cada uma por determinado preço, não se aplica o art.417.º do Código Civil. O preferente, neste caso, pode exercer o seu direito de preferir apenas em relação à coisa sujeita à preferência pelas mesmas condições ajustadas com terceiro.

O preço global previsto no art.417.º do Código Civil não é um preço que resulta meramente da soma de vários preços individuais, mas sim uma contrapartida única por todas as coisas que o obrigado à preferência pretenda vender<sup>49</sup>.

Para além disso, a venda de coisa juntamente com outra(s) por um preço global, de facto, tem como efeito o alargamento do direito de preferência ao conjunto das coisas oferecidas a terceiro. Isto é, o preferente pode exercer o seu direito de preferir apenas relativamente à coisa sujeita à preferência, e tal faculdade só cessará caso o obrigado à preferência prove que as coisas não são separáveis sem prejuízo apreciável. Neste caso, o preferente só tem duas escolhas: o exercício do seu direito de preferir relativamente a todas as coisas que o obrigado à preferência pretenda vender, e o seu não exercício puro e

---

<sup>49</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Exercício do direito de preferência*, in RLJ, Ano 100.º, p. 242.

simples.

Neste sentido, caso o preferente concorde com o projeto de alienação global das duas ou mais coisas, a preferência, para além de se manter, estende-se a todas as coisas abrangidas na alienação projetada, isto é, o alargamento do direito de preferência ao conjunto das coisas oferecidas a terceiro.

### **3.3.Situação de prestação acessória**

O art.418.º do Código Civil pressupõe a situação de prestação acessória: «se o obrigado receber de terceiro a promessa de uma prestação acessória que o titular do direito de preferência não possa satisfazer, será essa prestação compensada em dinheiro; não sendo avaliável em dinheiro, é excluída a preferência».

Na realidade, «prestação acessória» implica a existência de uma outra prestação, quer dizer, a prestação é acessória, uma vez que coexiste com outra prestação chamada principal.

«Prestação acessória» prevista no art.418.º do Código Civil estão incluídas as prestações acessórias objeto das obrigações secundárias acessórias da prestação principal, ou seja, as prestações funcionalizadas em relação à prestação principal e destinadas a assegurar a perfeita execução da mesma, e ainda, não têm efetivamente autonomia relativamente à prestação principal<sup>50</sup>, como por exemplo, a obrigação de embalar, a obrigação de guardar a coisa alienada até à sua entrega, etc.

Note-se que as prestações objeto destas obrigações secundárias estão incluídas na categoria da prestação acessória prevista no art.418.º do Código Civil, não apenas por causa do seu diminuto valor económico relativamente à prestação principal, mas, principalmente, por causa de uma relação de dependência funcional entre as prestações

---

<sup>50</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 337; VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 122; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 114.

acessórias e as prestações principais.

Para além desta relação de dependência funcional, as prestações são consideradas acessórias também por causa de uma relação de dependência lógica. Isto é, aqui a prestação acessória não visa assegurar a perfeita execução da prestação principal, mas é dependente da obrigação principal, quer dizer, a prestação acessória pressupõe o cumprimento da prestação principal, e só na sequência deste cumprimento, torna-se exigível. Como por exemplo, o comprador promete ao vendedor a habitação ou o arrendamento do prédio alienado que pressupõe a aquisição do prédio pelo mesmo comprador, neste caso, a prestação da habitação ou do arrendamento só se torna exigível na sequência da aquisição do prédio pelo comprador<sup>51</sup>.

Assim, o art.418.º do Código Civil prevê uma possibilidade de o terceiro interessado oferecer a prestação acessória, isto quer dizer, a compra e venda não é incompatível com a prestação acessória.

Importa salientar que, de acordo com a própria letra da norma, o art.418.º do Código Civil é aplicável a contratos onde a prestação em dinheiro é a prestação principal, e esta é também a razão pela qual ainda são tratados com contratos de compra e venda. Isto quer dizer, se a decisão de contratar do obrigado à preferência foi motivada pela finalidade de receber certa quantia em dinheiro, está em causa um contrato de compra e venda.

Assim, quando o obrigado à preferência se decidir pela celebração de um contrato com determinado terceiro em que a contraprestação deste consista em dinheiro e na entrega de um bem, e caso demonstre que o interesse principal<sup>52</sup> do obrigado à preferência se refere a esse bem, a prestação em causa deve ser considerada como principal mas não

---

<sup>51</sup> LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 395.

<sup>52</sup> O valor económico das prestações só é um indício da sua importância na economia do contrato, não é o elemento decisivo da mesma. Este elemento decisivo deve ser o peso que cada uma das prestações teve na decisão de contratar pelo obrigado à preferência, ou seja, o peso que decorre das finalidades prosseguidas com a celebração do contrato.

como acessória, e assim, não é aplicável o art.418.º do Código Civil, mesmo que tal prestação seja avaliável em dinheiro. Todavia, no caso de o interessado principal do obrigado à preferência se referir à quantia em dinheiro, a prestação de bem é acessória, e consequentemente, é aplicável o art.418.º do Código Civil.

Na realidade, uma vez constituída a relação de preferência, a lei tem por objetivo proteger dois interesses: primeiro, o interesse do obrigado à preferência em prosseguir as finalidades que presidiram ao contrato projetado com terceiro; segundo, o interesse do preferente em realizar o negócio em detrimento do terceiro. Isto quer dizer, para que o interesse do preferente possa ser prosseguido sem detrimento do interesse do obrigado à preferência, é necessário que proteja a prioridade do preferente até onde esta possa ser exercida em paridade com as condições convencionadas entre o obrigado à preferência e o terceiro.

Esta ponderação de dois interesses encontra-se evidentemente no art.418.º, n.º1, do Código Civil. De acordo com esta norma, se o preferente puder satisfazer a promessa de prestação acessória por parte do terceiro, tal promessa não excluirá o direito de preferência.

Isto quer dizer, desde que a finalidade prosseguida pelo obrigado à preferência, através do contrato projetado com terceiro, não sofra diminuição no caso de esse contrato ser celebrado com o preferente, este deve ter uma oportunidade para exercer o seu direito.

Neste sentido, as fronteiras do direito de preferência não são definidas pela natureza da prestação prometida pelo terceiro, mas definidas pela possibilidade de o preferente satisfazer a prestação prometida pelo terceiro sem mais prejuízo dos interesses do obrigado à preferência que não a limitação da liberdade de escolha da contraparte.

Para além disso, a possibilidade de o preferente satisfazer a prestação acessória prometida pelo terceiro é, de facto, avaliada subjetivamente mas não objetivamente. Isto é, cabe ao preferente avaliar se tem condições de fornecer a prestação idêntica ou a mesma

prestação<sup>53</sup>.

Na situação de coisas fungíveis, é evidente que o exercício do direito de preferência só depende do interesse do preferente na celebração do contrato e da sua capacidade económica. No entanto, isto não significa que, na situação de coisas infungíveis, é certamente impossível oferecer tal prestação acessória pelo preferente, porque é possível que o preferente consiga acordar a aquisição dessa coisa com o terceiro. Por exemplo, no caso de o terceiro prometer oferecer ao obrigado à preferência uma obra de arte como uma prestação acessória, é possível que o preferente consiga adquirir essa obra de arte e oferecê-la ao obrigado à preferência.

O mesmo também se aplica aos casos em que o terceiro promete ao obrigado à preferência prestações acessórias de facto de natureza infungível. Como por exemplo, para além da prestação em dinheiro, o terceiro, que é um artista, promete também pintar um retrato do obrigado à preferência, neste caso, é ainda possível que o preferente consiga contratar com o mesmo terceiro a realização de mesmo trabalho.

Em conclusão, o facto de o obrigado à preferência ter decidido realizar um negócio onde é estipulada uma prestação acessória não influencia a constituição do direito de preferência, e desde que o preferente esteja em condições de satisfazer a prestação acessória, a sua existência não impede o exercício do direito de preferência.

### **3.4.Situações de pluralidade de preferentes**

Caso o direito de preferência pertença simultaneamente a vários titulares, nos termos do art.419.º, n.º1, do Código Civil, tal direito só pode ser exercido por todos em conjunto; todavia, no caso de o direito de preferência se extinguir<sup>54</sup> em relação a algum deles, ou algum declarar que não o pretende exercer, acresce o seu direito aos restantes.

---

<sup>53</sup> Se se tratar de prestação fungível, está em causa a prestação idêntica; e se se tratar de prestação infungível, o que está em causa é a mesma prestação.

<sup>54</sup> Uma das situações de extinção do direito é a da morte do titular do direito (art.420.º do Código Civil).

E nos termos do n.º2 do mesmo artigo, no caso de o direito de preferência pertencer a mais de um titular mas haver de ser exercido apenas por um deles, abrir-se-á licitação entre todos os titulares na falta de designação, revertendo o excesso para o alienante.

Na verdade, as situações de pluralidade de preferentes podem ser divididas em dois grupos principais: por um lado, as situações de contitularidade em sentido estrito, em que um direito de preferência, ao mesmo tempo, cabe a várias pessoas; e por outro lado, as situações de direitos de preferência concorrentes, em que uma decisão de contratar determina a constituição de vários direitos de preferência a favor de outros tantos titulares.

Quanto às situações de contitularidade em sentido estrito, um direito de preferência constituído, ao mesmo tempo, a favor de várias pessoas resulta de uma situação anterior de contitularidade na relação jurídica de que emergiu a relação de preferência. Por exemplo, o direito de preferência previsto no art.1535.º do Código Civil se a propriedade do solo pertencer a vários comproprietários, ou o direito de preferência atribuído aos cônjuges, entre outros.

No que diz respeito às situações de direitos de preferência concorrentes, esta pluralidade de preferências redundam em situações de colisão de direitos, e estas situações podem ser dirimidas através de uma hierarquização (como a situação prevista no art.1380.º, n.º2, do Código Civil), uma limitação dos vários direitos de preferência para permitir que todos sejam exercidos (como a situação prevista no art.1409.º, n.º3, do Código Civil), ou uma licitação entre os preferentes.

#### **4. Comunicação para preferência**

A comunicação (extrajudicial) para preferência prevista no art.416.º, n.º1, do Código Civil leva ao conhecimento do preferente a constituição do seu direito de preferir.

Uma vez que a lei não exige qualquer forma especial para a comunicação, a nossa doutrina sustenta tranquilamente que esta pode ser feita por qualquer forma, designadamente, por simples declaração verbal<sup>55</sup>.

##### **4.1. Ónus de comunicar ou obrigação de comunicar**

A comunicação para preferência encontra-se no art.416.º, n.º1, do Código Civil, caso o obrigado à preferência queira vender a coisa que é objeto do pacto, «deve comunicar ao titular do direito o projeto de venda e as cláusulas do respetivo contrato».

Ainda que esta norma disponha que o obrigado à preferência «deve comunicar», alguma doutrina sustenta que a comunicação para preferência deve ser considerada como um ónus mas não uma obrigação, pois para além de analisar o elemento literal, deve também analisar os outros elementos de interpretação da lei (art.9.º, n.º1, do Código Civil).

Há autores que salientam a diferença entre realizar a comunicação e dar preferência, e a segunda é, de facto, o verdadeiro objeto da obrigação a cargo do obrigado à preferência. Isto é, como o obrigado à preferência só está obrigado a dar preferência se contratar, não tem de dar preferência antes de contratar, ou seja, mesmo após a comunicação o obrigado à preferência continua a ter a liberdade de não contratar com o preferente. Assim, a realização da comunicação só tem como objetivo precipitar a eventual liberação do vínculo a que o obrigado à preferência está obrigado. Isto quer dizer, a comunicação só tem como objetivo satisfazer um interesse exclusivo do obrigado à preferência, e assim, deve ser

---

<sup>55</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., pp. 254 e 255; TELES, Inocêncio Galvão, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 237, e *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 166 e 167; MARTINS, António Carvalho, *Preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 24; BARATA, Carlos Lacerda, *Da obrigação de preferência*, cit., p. 100, entre outros.

considerado como objeto de um ónus e não de uma obrigação<sup>56</sup>.

Para além disso, SALVATORE PULEO sustenta que a comunicação não é necessária para o exercício do direito de preferência, melhor dizendo, não apenas o direito de preferência se constitui sem necessidade da comunicação, como o mesmo direito pode ser exercido sem dependência desta. Neste sentido, a comunicação corresponde principalmente ao interesse do obrigado à preferência em dar início ao decurso do prazo necessário para o exercício do direito de preferência, e assim, não deve ser considerado como objeto de uma obrigação, mas sim de um ónus<sup>57</sup>.

Em suma, as perspectivas acima referidas, de facto, desvalorizam o papel da comunicação na economia da relação de preferência e defendem que a comunicação é útil essencialmente ao obrigado à preferência, assim, convergem na ideia de que a comunicação é um ónus.

Na verdade, é indubitável que a comunicação torna certo o prazo durante o qual o preferente deverá exercer o seu direito de preferir, sob pena de caducidade deste direito. No entanto, não podemos esquecer o papel relevante que a comunicação desempenha no desenvolvimento da relação de preferência, isto é, um desenvolvimento que, em situações normais, irá levar à celebração de um contrato entre preferente e obrigado à preferência em detrimento de certo terceiro.

Muitas vezes, é através da comunicação, o preferente tem conhecimento de que o direito de preferência se constituiu e das condições que deverá respeitar se o quiser exercer. Por isso, parece que é razoável ver na comunicação o cumprimento de uma obrigação de cooperação.

---

<sup>56</sup> PULEO, Salvatore, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 190 e 191; MARTINI, Angelo de, *Adempimento, inadempimento ed esecuzione in forma specifica della promessa di prelazione*, in *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja*, III, Bolonha, 1953, p. 230.

<sup>57</sup> PULEO, Salvatore, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, cit., pp. 223-225.



Para além disso, a decisão de exercer ou não o direito de preferência cabe exclusivamente ao preferente, pois o obrigado à preferência não sabe qual será a decisão do preferente, e assim, não é razoável defender que a comunicação corresponde a um interesse do obrigado à preferência porque com a comunicação se irá dar início ao prazo de caducidade do direito de preferência. A caducidade deste direito, na verdade, está fora do alcance do obrigado à preferência.

Quando o obrigado à preferência realizar a comunicação, tem como objetivo saber se poderá contratar com o terceiro com quem ajustou o projeto de contrato, ou, pelo contrário, se deverá contratar com o preferente em cumprimento da sua obrigação de dar preferência.

Neste sentido, para o obrigado à preferência, a comunicação não precipita a liberação do vínculo, mas apenas ajuda a saber se o preferente pretende ou não exercer o seu direito. Mais do que isso, na verdade, a comunicação tem como objetivo principal proteger o interesse do preferente: avisar este de que o obrigado à preferência pretende contratar e das cláusulas do projeto de contrato ajustado com terceiro, para que o preferente saiba que pode exercer o seu direito de preferir e em que condições poderá contratar com o obrigado à preferência.

Como já referimos, a constituição do direito de preferência é dependente de uma decisão de contratar do obrigado à preferência, a qual é efetivamente de difícil cognoscibilidade para o preferente. Neste sentido, a lei obriga o obrigado à preferência a avisar o preferente dessa decisão e das condições em que o mesmo obrigado está disposto a contratar com terceiro.

Por consequência, a nosso ver, a letra do art.416.º, n.º1, do Código Civil corresponde ao espírito da norma, pois o que existe efetivamente é uma obrigação de comunicar mas não um ónus de comunicar.

#### **4.2.Dever de agir de boa fé**

A obrigação de comunicar prevista no art.416.º, n.º1, do Código Civil é, de facto, uma declaração pela qual o obrigado à preferência avisa o preferente de que decidiu contratar e das cláusulas do projeto de contrato ajustado com terceiro, a fim de que o preferente tenha condições de decidir se pretende ou não preferir.

Segundo MOTA PINTO, «os deveres de participação ou aviso visam permitir ao destinatário da participação, através do aviso, um esclarecimento necessário para o seu comportamento futuro a fim de este tomar providências»<sup>58</sup>.

E ainda, de acordo com MENEZES CORDEIRO, «os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por acção, portanto com indicações incorrectas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer»<sup>59</sup>.

Neste sentido, logo que o direito de preferência se constitui, o obrigado à preferência deve proceder a uma comunicação ao preferente, e ainda, para que este possa tomar a decisão que mais convier aos seus interesses, o obrigado à preferência deve agir de boa fé, quer no caso de direitos legais de preferência, quer no caso de direitos convencionais de preferência.

Por exemplo, se o obrigado à preferência celebrar o contrato projetado com o terceiro sem realizar a comunicação, é indubitável que haverá violação da obrigação de comunicar. No entanto, se a celebração do contrato projetado com terceiro ocorrer depois da realização da comunicação e antes de recebimento da declaração positiva do preferente, não haverá violação da obrigação de comunicar pois esta obrigação foi efetivamente cumprido, e também não haverá violação da obrigação de alienar ao preferente pois esta obrigação, de

---

<sup>58</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 344.

<sup>59</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 583.

facto, ainda não se constituiu.

Neste caso, de acordo com alguma doutrina, existe uma violação da obrigação de não alienar a terceiro até que o preferente se pronuncie sobre as suas intenções<sup>60</sup>. Na verdade, a nosso ver, a origem de esta obrigação não pode ser outra senão o princípio da boa fé.

Uma vez realizada a comunicação para preferência, existe uma probabilidade de o preferente querer exercer o seu direito de preferir, e se tal acontecer, o obrigado à preferência ficará constituído na obrigação de contratar com o preferente. Neste sentido, o obrigado à preferência deve aguardar a resposta do mesmo preferente e abster-se, até lá, de realizar actos que possam prejudicar ou inutilizar o efeito útil do exercício do direito de preferência. Este dever está perfeitamente em consonância com o princípio da boa fé, assim, o dever de agir de boa fé concretiza-se num dever de não realizar actos que possam comprometer o efeito útil e a integridade do direito de preferência<sup>61</sup>.

Na verdade, não apenas nos casos em que o obrigado à preferência celebre o contrato projetado com terceiro haverá violação do dever de agir de boa fé, mas também nos casos em que o obrigado à preferência realize actos de destruição ou oneração da coisa sujeita à preferência, desde que ocorram após a constituição do direito de preferência. Neste caso, o obrigado à preferência fica obrigado a indemnizar os danos daí resultantes para o preferente.

### **4.3. Conteúdo indispensável da comunicação**

Como já referimos, a comunicação para preferência tem como objetivo avisar o

---

<sup>60</sup> LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.III, cit., p. 379.

<sup>61</sup> AGOSTINHO CARDOSO GUEDES também perfilha igual perspectiva, «o sujeito passivo da preferência está colocado numa situação análoga àquela de quem contrai uma obrigação sob condição suspensiva: ambos estão na iminência de serem produzidos na sua esfera jurídica certos efeitos resultantes de factos cuja verificação não controlam. Parece por isso razoável considerar que o sujeito passivo está vinculado a agir segundo os ditames da boa fé, na pendência do prazo atribuído ao preferente para exercer o seu direito» (cfr. GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *A natureza jurídica do direito de preferência*, Coimbra, 1995, p. 151).

preferente de que o obrigado à preferência pretende contratar e das cláusulas do projeto de contrato ajustado com terceiro, a fim de que o preferente saiba que pode exercer o seu direito e em que condições poderá contratar com o obrigado à preferência.

Neste sentido, é necessário que a informação fornecida ao preferente seja verdadeira e completa. Por esta razão, a lei rodeia de cuidados o conteúdo da comunicação, por forma a que assegure não só o simples cumprimento da obrigação de comunicar mas também o adequado cumprimento dessa obrigação.

O art.416.º, n.º1, do Código Civil determina que «querendo vender a coisa que é objeto do pacto, o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato».

O art.1028.º, n.º1, do novo CPC também prescreve que «quando 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 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».

Na realidade, no que diz respeito ao conteúdo indispensável da comunicação para preferência, existe uma diversidade na doutrina. Isto é, encontramos autores que consideram que o obrigado à preferência deve, de acordo com o sentido literal do art.416.º, n.º1, do Código Civil, comunicar o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato<sup>62</sup>; por outro lado, também encontramos autores que consideram que o obrigado à preferência só deve comunicar os elementos da venda que possam influenciar o preferente a exercer ou não o seu direito de preferir<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> TELES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, cit., p. 166; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 406 e 407.

<sup>63</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Anot. ao Acórdão do STJ de 19 de Abril de 1979*, in RLJ, Ano 112.º (1979-1989), p. 316; LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.I, cit., p. 392.

Para além disso, quanto à identificação do terceiro interessado, há autores que consideram que o obrigado à preferência deve, em todas as situações, comunicar a identidade do terceiro interessado<sup>64</sup>; igualmente, há outros autores que consideram que o obrigado à preferência só deve, em algumas situações, comunicá-la<sup>65</sup>; todavia, também encontramos autores que rejeitam a identificação do terceiro interessado<sup>66</sup>.

E o Supremo Tribunal de Justiça parece também considerar que a identidade do terceiro interessado deve ser integrada na comunicação, «o conhecimento da identidade do outro contraente com quem o obrigado entabulou a negociação, por maneira a chegar-se a objectivar o projecto de venda com as cláusulas do respectivo (futuro) contrato (efectivo ou definitivo), pode revelar-se como constituindo um ‘elemento essencial’ para que o preferente fique em condições de decidir, consciente e convenientemente»<sup>67</sup>.

Na realidade, o art. 416.º, n.º1, do Código Civil refere-se às «cláusulas do respectivo contrato», quer dizer, a lei refere-se às cláusulas do projeto de contrato. O que está em causa é um projeto de contrato e não um contrato celebrado, assim, é evidente que a comunicação deve ser realizada antes da celebração do negócio com terceiro.

Isto quer dizer, no que diz respeito ao conteúdo da comunicação, a lei (tanto o art.416.º, n.º1, do Código Civil, como o art.1028.º, n.º1, do novo CPC) não faz referência às cláusulas que sejam relevantes, na perspectiva do preferente, para a sua decisão de exercer ou não o seu direito, nem menciona a necessidade da identificação do terceiro com

---

<sup>64</sup> PRATA, Ana, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 379; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 406 e 407; CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 492; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 257; TELES, Inocêncio Galvão, *Manual dos contratos em geral*, cit., pp. 236 e 237.

<sup>65</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA determinam que «quanto à pessoa do adquirente, será indispensável a sua identificação, entre outros casos, na hipótese do artigo 1409.º e nas várias hipóteses em que a preferência é atribuída em função de uma relação de arrendamento» (cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.I, cit., p. 392).

<sup>66</sup> MARCELINO, Américo, *Da preferência*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 11 e ss; MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das obrigações: apontamentos*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2004, p. 158.

<sup>67</sup> Acórdão do STJ de 23 de Junho de 1992 (cfr. MESQUITA, Manuel Henrique, *Anot. ao Acórdão do STJ de 23 de Junho de 1992*, cit., pp. 52 e ss.).

quem o obrigado à preferência negociou a alienação, mas apenas faz referência ao projeto de venda e às cláusulas do projeto de contrato.

Importa salientar que, «os elementos essenciais da alienação» previstos no art.1410.º, n.º1, do Código Civil não são decisivos para a comunicação. Isto é, a norma só se refere ao conhecimento que o preferente venha a ter da alienação realizada de forma ilícita, mas não ao conteúdo da comunicação. Na verdade, diferentemente da comunicação que desempenha um papel relevante no normal desenvolvimento da relação de preferência, o art.1410.º, n.º1, do Código Civil atribui, na violação do direito de preferência, um modo de tutela ao preferente para que reaja contra essa violação. Assim, não devemos considerar que o conteúdo da comunicação para preferência tem a ver com os elementos essenciais da alienação. Ou seja, as cláusulas do projeto de contrato previstas no art.416.º, n.º1, do Código Civil não representa os elementos essenciais da alienação.

Se considerarmos que o obrigado à preferência só tem a obrigação de comunicar as cláusulas que sejam relevantes para o preferente decidir se pretende ou não exercer o seu direito, as questões que se suscitam são: como pode o obrigado à preferência, para além do próprio preferente, saber quais as cláusulas que são relevantes para este tomar a decisão<sup>68</sup>? Para além das informações que fazem parte das cláusulas do contrato projetado, se o obrigado à preferência deve integrar na comunicação as informações que não constam das cláusulas do contrato projetado mas também são relevantes para o preferente tomar a decisão<sup>69</sup>?

Na verdade, todas estas dúvidas podem ser resolvidas por lei. Isto é, o art.416.º, n.º1,

---

<sup>68</sup> Por exemplo, para algumas pessoas, a forma do pagamento é relevante para a sua formação da vontade de contratar, mas para algumas pessoas, isso não é relevante; outro exemplo, para alguém, o prazo ou o lugar do pagamento é relevante, mas para outras não. Assim, como pode o obrigado à preferência saber se é necessário integrar tais informações na comunicação?

<sup>69</sup> Como por exemplo, a identidade do terceiro interessado, o objetivo que o terceiro pretende contratar, etc., é possível que estas informações sejam relevantes para algumas pessoas em algumas situações (por exemplo, na situação da venda de quota de propriedade). Assim, como pode o obrigado à preferência saber se é necessário integrar essas informações na comunicação?

do Código Civil já determina o objeto da comunicação para preferência, que é o projeto de alienação e as cláusulas do contrato projetado, sem mais nem menos. Isto quer dizer, a norma não faz referência a quaisquer informações que sejam relevantes, na perspectiva do preferente, para a sua formação da vontade de exercer o seu direito, assim, a nosso ver, estas não devem ser consideradas como objeto da comunicação<sup>70</sup>.

Como já referimos, o pressuposto de constituição do direito de preferência é a decisão do obrigado à preferência de contratar com certo terceiro em determinadas condições. Esta decisão é um facto interno que acontece no pensamento do obrigado à preferência, assim, é razoável que a lei obrigue este a informar o preferente da sua decisão de contratar. E ainda, uma vez que o preferente só pode exercer o seu direito caso se disponha a celebrar o contrato em igualdade de condições com terceiro, é necessário que a comunicação contenha o projeto de alienação e as cláusulas do contrato projetado.

Quanto às informações que possam eventualmente ser relevantes para o preferente, este só tem direito a preferir em igualdade de condições e não tem direito a impor ao obrigado à preferência a celebração do contrato que melhor corresponderia aos seus motivos ou aos seus interesses. Isto quer dizer, as motivações subjetivas que levam o preferente a exercer o seu direito<sup>71</sup> não têm relevância jurídica, e assim, o interesse do preferente, para que decida o exercício ou não do seu direito, em conhecer a identidade de terceiro interessado também não é protegido por lei.

Neste sentido, a nosso ver, quanto ao conteúdo indispensável da comunicação, uma vez que o direito do preferente é um direito a preferir em igualdade de condições ajustadas entre o obrigado à preferência e o terceiro, e também como é difícil exigir que o obrigado à

---

<sup>70</sup> De acordo com o art.9.º, n.º2, do Código Civil, «o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal» não pode ser considerado pelo intérprete.

<sup>71</sup> Os titulares do direito de preferência podem ter várias motivações individuais para decidir o exercício ou não dos seus direitos, por exemplo, a motivação de adquirir a coisa sujeita à preferência, a motivação de excluir simplesmente a entrada de terceiros em certa relação jurídica, etc..

preferência adivinhe os pensamentos individuais do preferente, é razoável que restrinja o conteúdo indispensável da comunicação para preferência apenas àquilo que é objetivo: o projeto de alienação e as cláusulas do contrato projetado, e não àquilo que é subjetivo: as informações que, para certos preferentes, em certas situações, possam ser consideradas relevantes para a sua decisão de preferir, tanto a identidade do terceiro interessado com quem o obrigado à preferência negociou o contrato projetado, como o objetivo que aquele terceiro pretende contratar.

Assim, quaisquer convites a contratar apresentados ao preferente sem ligar ao projeto de contrato negociado com terceiro e às cláusulas do contrato projetado não podem ser qualificados como comunicações para preferência.

Na situação de venda de coisa juntamente com outras, nos termos do art.417.º, n.º1, do Código Civil, o direito de preferência pode ser exercido em relação à alienação global ou, se o preferente quiser, o mesmo pode ser exercido apenas em relação à coisa sujeita à preferência por um preço proporcionalmente calculado, neste caso, é necessário que o obrigado à preferência indique na comunicação o preço que proporcionalmente corresponde à coisa sujeita à preferência?

Segundo HENRIQUE MESQUITA, «o obrigado à preferência deve comunicar, discriminadamente, o preço que proporcionalmente atribui à coisa ou coisas sujeitas a prelação», assim, caso o preço proporcional não seja indicado na comunicação, tal equivale à omissão da indicação do preço<sup>72</sup>.

Todavia, não concordamos com esta perspectiva. Como já referimos, na situação de venda de coisa juntamente com outras, o direito de preferência abrange principalmente a venda da coisa sujeita à preferência e as demais coisas colocadas à venda. Neste caso, é

---

<sup>72</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Anot. ao Acórdão do STJ de 30 de Outubro de 1980*, in RDES, Ano XXVII, pp. 60 e 61.



claro que a alienação global deve ser objeto de comunicação.

E de acordo com o art.417.º, n.º1, do Código Civil, o preferente, se quiser exercer o seu direito, pode exercê-lo apenas em relação à coisa sujeita à preferência por um preço proporcionalmente calculado. Isto quer dizer, essa redução do exercício do direito é como uma faculdade reconhecida pela lei ao preferente, pois a lei não prescreve que o preferente só pode exercer o seu direito relativamente à coisa sujeita à preferência pelo preço que proporcionalmente lhe for atribuído pelo obrigado à preferência. Assim, apenas quando o preferente pretender exercer o seu direito em relação à coisa sujeita à preferência, é preciso interpellar o obrigado à preferência para que este determine e indique tal preço.

Neste sentido, a lei não obriga o obrigado à preferência a indicar o preço proporcional relativo à coisa sujeita à preferência, melhor dizendo, o preço proporcional não é necessariamente indicado na comunicação pelo obrigado à preferência, pois ao realizar a comunicação, o obrigado não sabe se o preferente pretenderá preferir na alienação global ou apenas na alienação da coisa sujeita à preferência.

Em suma, a nosso ver, na situação de venda de coisa juntamente com outras, o preferente pode exercer o seu direito apenas em relação à coisa sujeita à preferência e, neste caso, interpela o obrigado à preferência para que este determine o preço proporcionalmente calculado. Se o preferente não concordar com tal determinação, poderá recorrer à acção de arbitramento para a fixação do preço proporcional<sup>73</sup>.

Na situação de prestação acessória, nos termos do art.418.º, n.º1, do Código Civil, se o obrigado à preferência receber de terceiro a promessa de uma prestação acessória que o preferente não possa satisfazer, será essa prestação compensada em dinheiro.

Uma vez que a prestação acessória prometida pelo terceiro faz parte do projeto de

---

<sup>73</sup> É claro que não há problema se o obrigado à preferência indicar desde logo na comunicação o preço proporcionalmente calculado.

venda, de acordo com o art.416.º, n.º1, do Código Civil, é claro que essa deve ser indicada na comunicação. Todavia, é também necessário que o obrigado à preferência indique o valor em dinheiro dessa prestação acessória caso tal seja avaliável em dinheiro?

A nosso ver, o valor em dinheiro da prestação acessória não é necessariamente indicado na comunicação pelo obrigado à preferência. Isto é, o art.418.º do Código Civil não impõe uma obrigação ao obrigado à preferência em indicá-lo, mas apenas prescreve uma possibilidade de a prestação acessória ser compensada em dinheiro. Na realidade, quando o obrigado à preferência realizar a comunicação, não sabe se o preferente poderá satisfazer a prestação acessória, só o preferente, após o recebimento da comunicação de prestação acessória, sabe se pretende exercer o seu direito e se pode satisfazê-lo.

Neste sentido, o valor em dinheiro da prestação acessória não é necessariamente indicado na comunicação. No entanto, isto não significa que o obrigado à preferência não possa indicar este desde logo na comunicação, e naquela altura, se o preferente entender que o valor indicado pelo obrigado à preferência é injusto, é claro que pode recorrer à acção de arbitramento.

#### **4.4.Efeitos jurídicos da comunicação**

A comunicação desempenha um papel relevante no desenvolvimento da relação de preferência. Isto é, o preferente, muitas vezes, tem conhecimento da constituição do direito de preferência e das condições que deve respeitar no caso de o pretender exercer através da comunicação.

No entanto, importa salientar que o preferente pode exercer o seu direito mesmo quando a obrigação de comunicar não tenha sido cumprida. Isto quer dizer, caso o preferente tenha conhecimento de conteúdo do contrato projetado por outra via que não a comunicação, ele ainda poderá declarar ao obrigado à preferência a sua decisão de exercer o seu direito, pois a constituição do direito de preferência não é dependente da

comunicação realizada pelo obrigado à preferência<sup>74</sup>. Neste caso, coloca-se a questão de saber se o exercício do direito de preferir está ou não sujeito ao prazo de caducidade (oito dias).

De acordo com a letra do art.416.º, n.º2, do Código Civil, «recebida a comunicação, deve o titular exercer o seu direito dentro do prazo de oito dias, sob pena de caducidade», assim, o prazo de caducidade começa a correr após o recebimento da comunicação pelo preferente.

E ainda, é também injusto que o obrigado à preferência possa prevalecer-se da sua conduta ilícita para a vantagem de invocar a caducidade do direito de preferência. Ou seja, após a omissão da obrigação de informar o preferente da constituição do seu direito, é injusto que o obrigado à preferência invoque a caducidade do direito.

Assim, existe, de facto, dois efeitos jurídicos da comunicação. Primeiramente, o seu cumprimento tem como efeito a extinção da obrigação de comunicar; secundamente, a sua realização tem como efeito a determinação do prazo para o exercício do direito de preferência. Este prazo de caducidade começa a correr depois de a comunicação chegar ao conhecimento do preferente.

Nos casos em que o obrigado à preferência não realize a comunicação, se o negócio, no final, for celebrado com terceiro, é evidente que está em causa o ressarcimento dos danos sofridos pelo preferente em consequência da violação do seu direito; todavia, se o negócio, no final, for celebrado com o próprio preferente, só está em causa o ressarcimentos dos danos relativos ao eventual encargo do exercício do direito de preferência.

Por outro lado, nos casos em que a comunicação seja realizada de forma inexacta ou

---

<sup>74</sup> ALMEIDA COSTA também perfilha igual perspectiva, o direito de preferência pode ser exercido «ainda que o seu titular tenha conhecimento do projeto de negócio através de um meio diverso da comunicação imposta por lei» (cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 408).

incompleta, os respectivos efeitos jurídicos não se produzem, isto quer dizer, o obrigado à preferência continua vinculado a efetuar a sua obrigação de comunicar.

## **5. Declaração de preferência**

A declaração do preferente, de facto, é uma declaração de vontade pela qual ele exerce o seu direito de preferir, assim, antes de receber a declaração positiva, o obrigado à preferência ainda não fica obrigado a contratar com o preferente, ou seja, a obrigação de contratar surge, de facto, na sequência da declaração.

### **5.1. Conteúdo da declaração**

Na verdade, o conteúdo do contrato projetado é determinado pela negociação entre obrigado à preferência e terceiro interessado, assim, o preferente não pode alterá-lo. Isto é, se o preferente puder satisfazer as condições do contrato projetado, pode exercer o seu direito de preferir; senão, não pode exercer o seu direito.

Isto quer dizer, se o preferente, através de negociação, pretender alterar o conteúdo do contrato projetado, poderá conduzir à caducidade do seu direito de preferir.

Importa salientar que, a nossa lei não prescreve qualquer conteúdo para a declaração, e ainda, o preferente não tem qualquer obrigação de exercer o seu direito, assim, diferentemente com a comunicação para preferência, não se pode falar em conteúdo indispensável da declaração.

Mesmo assim, se o preferente pretender exercer o seu direito, ainda é preciso levar em conta alguns aspectos. Isto é, é preciso que o preferente declare ao obrigado à preferência que, sem ambiguidades, pretende exercer o seu direito, para que a sua declaração não seja interpretada pelo obrigado à preferência como reserva ou alteração ao conteúdo do contrato projetado<sup>75</sup>.

Neste sentido, se o preferente declarar que aceita em princípio mas reservar uma

---

<sup>75</sup> Como refere MOTA PINTO, o declarante tem o ónus de se exprimir de uma forma compreensível para outrem, e se se exprimir de tal forma que a outra parte deva compreender algo diverso do pretendido, o declarante tem de suportar tal risco por não cumprir aquele ónus (cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 448).

posição para um momento posterior, ou declarar que pretende preferir mas por um preço diverso, deve concluir-se que o seu direito de preferir, de facto, não foi exercido, e assim, decorrido o prazo de caducidade, o obrigado à preferência fica livre do seu vínculo.

Coloca-se a questão de saber se ocorrerá a caducidade do direito de preferência no caso de o preferente pedir mais informação ao obrigado à preferência. Aqui, temos três situações a analisar.

Em primeiro lugar, caso a informação pedida faça parte do conteúdo indispensável da comunicação, ou seja, caso a comunicação feita pelo obrigado à preferência não tenha respeitado a lei, não se inicia a contagem do prazo de caducidade e o obrigado à preferência está obrigado a fornecer a informação omitida ao preferente.

Em segundo lugar, caso a informação pedida não faça parte do conteúdo indispensável da comunicação, ou seja, caso a comunicação feita pelo obrigado à preferência tenha respeitado a lei, o obrigado à preferência não fica obrigado a fornecer mais informação ao preferente. Neste caso, se o preferente, para além de pedir mais informação, declarar que pretende exercer o seu direito sem ambiguidades, tal solicitação de informação não afeta o exercício do direito de preferência.

Em terceiro lugar, caso a informação pedida não faça parte do conteúdo indispensável da comunicação e o preferente, para além de pedir mais informação, não declarar que pretende exercer o seu direito sem ambiguidades, está em causa o risco de caducidade do seu direito. Uma vez que a comunicação já tem respeitado a lei, o obrigado à preferência pode fornecer mais informação ao preferente mas não fica obrigado a fazer isso. Assim, se o preferente, dentro do prazo que dispõe para o efeito, não declarar que pretende exercer o seu direito sem ambiguidades, ocorrerá a caducidade do direito de preferência, mesmo argumentando que as informações pedidas são relevantes para a formação da sua vontade de preferir.

Podemos concluir que, o prazo de caducidade não pode ser interrompido por qualquer solicitação de informação do preferente, pelo contrário, poderá abrir caminho a todo o tipo de manobras dilatórias e prejudicar os interesses do obrigado à preferência.

Neste sentido, no caso de a comunicação não ter sido realizada de forma regular, o prazo de caducidade está indeterminado, ou seja, o preferente está sempre a tempo de exercer o seu direito; todavia, uma vez realizada a comunicação de forma regular, o prazo fica determinado, ou seja, inicia-se a contagem do prazo de caducidade.

Na situação de venda de coisa juntamente com outras, como já referimos, o obrigado à preferência não tem obrigação de indicar na comunicação o preço proporcionalmente calculado relativo à coisa sujeita à preferência, e ainda, é o preferente que tem a faculdade de decidir se restringe ou não o seu direito à coisa sujeita à preferência.

Caso o preferente pretenda preferir na alienação global acordada com o terceiro, ele só precisa, dentro do prazo que dispõe para o efeito, declarar simplesmente que quer exercer o seu direito em relação a tal alienação global.

Por outro lado, caso o preferente decida restringir o seu direito à coisa sujeita à preferência, ele precisa, também dentro do prazo que dispõe para o efeito, declarar que quer exercer o seu direito apenas em relação à coisa sujeita à preferência, e neste caso, é preciso interpelar o obrigado à preferência para que este indique o preço proporcionalmente calculado no caso de o obrigado não o indicar na comunicação. E na falta de acordo sobre a determinação de tal preço, o preferente pode recorrer à acção de arbitramento.

Em suma, quer pretenda preferir na alienação global, quer pretenda preferir apenas na alienação da coisa sujeita à preferência, é preciso que o exercício do direito de preferência respeite o prazo previsto no art.416.º, n.º2, do Código Civil, sob pena de caducidade.

Na situação de prestação acessória, caso o preferente esteja em condições de

satisfazê-la, o preferente poderá declarar simplesmente que, de acordo com a regra geral prevista no art.416.º, n.º2, do Código Civil, quer exercer o seu direito de preferir.

No entanto, caso o preferente, ainda que não esteja em condições de satisfazer a prestação acessória prometida pelo terceiro, pretenda exercer o seu direito, ele, dentro do prazo que dispõe para o efeito, precisa declarar que tem interesse em exercer o seu direito, e por não poder satisfazer a prestação acessória, interpela o obrigado à preferência para que este indique o valor de tal prestação no caso de o obrigado à preferência não o indicar desde logo na comunicação.

Neste caso, o obrigado à preferência deve determiná-lo e responder ao preferente. Uma vez recebido esse valor, inicia-se a contagem do prazo de caducidade, assim, se o preferente pretender exercer o seu direito, precisa declarar que quer exercer o direito de preferir, sem ambiguidades, dentro do prazo que dispõe para o efeito. É claro que, na falta de acordo sobre a determinação do valor da prestação acessória, o preferente pode recorrer à acção de arbitramento.

## **5.2.Efeitos jurídicos da declaração**

Depois de realizar a comunicação, o obrigado à preferência deve aguardar pela decisão do preferente relativa ao exercício ou não do seu direito de preferir. Só quando o preferente, dentro do prazo previsto no art.416.º, n.º2, do Código Civil, declarar que, sem ambiguidades, pretende exercer o seu direito, poderá exigir que o obrigado à preferência celebre o contrato projetado com ele.

Neste sentido, a obrigação de contratar do obrigado à preferência surge por efeito da declaração de preferência, ou seja, o efeito jurídico da declaração do preferente traduz-se na constituição, para o obrigado à preferência, de uma obrigação de contratar com o preferente.

Importa salientar que o preferente não pode modificar o projeto de contrato negociado



entre o obrigado à preferência e o terceiro, mas apenas pode constituir na esfera jurídica do obrigado à preferência a obrigação de contratar, com ele, um contrato de conteúdo idêntico ao contrato que o terceiro negociou com o mesmo obrigado.

Na verdade, o conteúdo do direito de preferência definiu-se quando o obrigado à preferência decidiu celebrar o contrato projetado em certas condições com determinado terceiro. Neste sentido, o preferente tem o direito de celebrar um contrato economicamente igual ao realmente querido pelo obrigado à preferência, mas não um contrato economicamente igual ao comunicado.

Isto quer dizer, no caso de o preço comunicado ser superior ao preço real, o preferente tem o direito de celebrar o contrato projetado com o obrigado à preferência pelo preço real e não pelo preço comunicado. Assim, caso o preferente tenha celebrado o contrato por um preço superior ao preço real com o obrigado à preferência, este tem a obrigação de indemnizar pelos danos causados ao preferente. E ainda, se o obrigado à preferência, depois de o preferente decidir não exercer o seu direito, celebrar o contrato com terceiro por um preço inferior ao preço comunicado, porque a comunicação irregular não produziu efeitos, o preferente pode exercer o seu direito quando este exercício for ainda possível (no caso do direito de preferência com eficácia em relação a terceiros); senão, o mesmo obrigado também tem obrigação de indemnizar pelos danos causados ao preferente.

Em suma, o direito de celebrar o contrato projetado com o obrigado à preferência nasce por efeito da declaração do preferente, e a alienação da coisa sujeita à preferência a terceiro, de facto, não impede a verificação de tal efeito da declaração, mas apenas inviabiliza o cumprimento da respectiva obrigação do obrigado à preferência.

Importa salientar que, embora a declaração constitua uma obrigação de contratar vinculante apenas para o obrigado à preferência e não para o preferente, se este, após a declaração de querer preferir, não celebrar, posteriormente, o contrato projetado com o

obrigado à preferência, essa recusa de colaboração sem causa justificativa do preferente tem como efeito não apenas a caducidade do seu direito, mas também uma obrigação de indenizar os danos sofridos pelo obrigado à preferência por violar o dever de agir de boa fé (art.227.º do Código Civil)<sup>76</sup>.

Em suma, a declaração de preferência tem como efeito a constituição, para o obrigado à preferência, de uma obrigação de contratar com o preferente. Se este não realizar a declaração positiva de querer preferir dentro do prazo que dispõe para o efeito, o direito de preferência extingue-se por caducidade<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> O obrigado à preferência acredita que o preferente celebrará o contrato projetado com ele, e assim, prepara-se para tal celebração do contrato. Neste sentido, o obrigado à preferência deve ser indenizado do dano resultante da não celebração do contrato projetado. RIBEIRO DE FARIA também perfilha igual perspectiva (cfr. FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit., p. 296).

<sup>77</sup> Na situação de um direito legal de preferência, o não exercício do direito não tem como consequência a extinção definitiva do direito de preferência. Isto é, verificados os respectivos pressupostos, constitui-se novamente o direito de preferência. Todavia, na situação de um direito convencional de preferência, o não exercício do direito tem como consequência a extinção definitiva do direito de preferência (cfr. MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 196 e 197).

## **6. Natureza jurídica do direito de preferência**

Na realidade, quanto à natureza jurídica do direito de preferência, não existe, na doutrina nacional, uniformidade, pelo contrário, existem várias concepções defendidas por autores diferentes.

### **6.1. Teorias do direito condicionado**

#### **6.1.1. A preferência como promessa unilateral sujeita a condição suspensiva**

Em certo momento da evolução da doutrina, o direito de preferência seria um direito à celebração de um contrato sujeito a condição ou condições suspensivas.

Segundo RODRIGUES NUNES, quando defendia que o pacto de preferência se analisa numa «promessa unilateral de celebração de um certo contrato, subordinado à dupla condição de o promitente se decidir a contratar nas condições oferecidas por terceiro, e de o beneficiário se decidir a preferir em paridade de condições»<sup>78</sup>.

Este autor, afirmando a identidade entre a promessa unilateral duplamente condicionada e o pacto de preferência<sup>79</sup>, considera a existência do vínculo criado pelo pacto de preferência e o obrigado à preferência fica obrigado a contratar com o preferente, uma vez verificadas as duas condições referidas. No entanto, quanto ao conteúdo da obrigação de dar preferência, diferentemente de uma pura obrigação de contratar, desdobra-se na obrigação de dar conhecimento ao preferente as condições oferecidas por terceiro e de dar prioridade na realização do contrato projetado<sup>80</sup>.

Importa salientar que, segundo RODRIGUES NUNES, a verificação das condições do pacto de preferência são dependentes da vontade das partes, assim, mostra-se uma fragilidade à eficácia da convenção. Uma vez que o obrigado à preferência só fica obrigado a dar prioridade na alienação ao preferente quando as circunstâncias o determinarem a

---

<sup>78</sup> NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, cit., p. 208.

<sup>79</sup> NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, cit., p. 240.

<sup>80</sup> NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, cit., p. 241.

alienar, e essa determinação é dependente da sua própria vontade<sup>81</sup>.

MANUEL DE ANDRADE também considera o pacto de preferência como uma «modalidade de promessa unilateral duplamente condicional». Acrescentando que caso o direito de preferência não seja respeitado, a indemnização a satisfazer ao preferente deve ser a mesma que nas situações de promessa unilateral de venda<sup>82</sup>.

Podemos concluir que a doutrina em análise considera a preferência como promessa unilateral depende de duas condições: a primeira é a vontade de o obrigado à preferência proceder à celebração do contrato projetado em certas condições com certo terceiro, a segunda é a vontade do preferente em querer contratar com o obrigado à preferência nessas mesmas condições.

Na realidade, se a produção de efeitos de um negócio depender de certo facto incerto e futuro, tal facto deverá ser determinado ou objetivamente determinável<sup>83</sup>. No entanto, quanto à primeira condição, o evento condicionante consiste num facto que se verifica na esfera psicológica do obrigado à preferência, assim, a sua determinação apenas se verifica no caso de tal facto ser exteriorizado.

Por consequência, o evento condicionante não é dependente do puro arbítrio do obrigado à preferência, mas depende da circunstância de ter encontrado alguém disposto a contratar com aquele em circunstâncias que o obrigado à preferência considera suficientes para realizar o contrato projetado. Assim, ALMEIDA COSTA considera que o evento condicionante consiste na existência de uma proposta de realização do contrato projetado<sup>84</sup>. Isto quer dizer, se não existir ainda o projeto, como por exemplo, se o terceiro recusar a proposta do obrigado à preferência, este continuará desvinculado de quaisquer obrigações

---

<sup>81</sup> NUNES, António Rodrigues, *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, cit., p. 211.

<sup>82</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, p. 20 nota n.º1.

<sup>83</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil: teoria geral*, Vol.II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 297.

<sup>84</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 410.

em relação ao preferente.

Na verdade, há doutrina que rejeita a possibilidade de a preferência ser uma promessa unilateral condicional por causa da indeterminação do conteúdo do negócio projetado. Isto é, diferentemente das promessas condicionais onde o conteúdo do contrato prometido está, em regra, perfeitamente determinado, o conteúdo da preferência é dependente das condições dadas por terceiro e o conteúdo do contrato projetado só se torna determinado neste momento<sup>85</sup>.

A nosso ver, todavia, este argumento não procede. Isto é, por um lado, quando um pacto de preferência for celebrado ou um direito legal de preferência for atribuído, a natureza do contrato projetado será certamente determinada, se se trata, por exemplo, de uma compra e venda, de uma locação, etc.. Neste sentido, o objeto do contrato projetado, seja um bem, seja um serviço, também fica desde logo definido, o que não está definida só é a prestação efetuada pelo preferente. Por outro lado, a lei não prevê que o objeto de um qualquer negócio jurídico tenha de ser determinado no momento da celebração, mas só exige que o mesmo deva ser determinável (art.280.º, n.º1, do Código Civil), e ainda, a determinação da prestação pode ser confiada a uma das partes ou a terceiro (art.400.º, n.º1, do Código Civil). Neste sentido, é possível celebrar um negócio condicional, em que a contraprestação a efetuar por uma das partes seja determinada pelos termos oferecidos de um terceiro<sup>86</sup>.

Ainda que o argumento acima referido não proceda, consideramos que, na verdade, existem diferenças entre uma promessa de contrato condicional e uma preferência.

Em primeiro lugar, as normas típicas do regime da condição ou do contrato

---

<sup>85</sup> TELES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, cit., p. 149. Em sentido idêntico, MENEZES CORDEIRO considera que o teor do contrato projetado, no pacto de preferência, não está determinado nem é determinável (cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 504).

<sup>86</sup> Quanto à determinação do preço, nos termos do art.883.º do Código Civil, é perfeitamente admissível celebrar um contrato de compra e venda sem determinação do preço devido.

condicional não são aplicáveis às relações de preferências, que é o caso dos arts.272.º e 273.º do Código Civil. Na realidade, ainda que os efeitos pretendidos pelas partes estejam pendentes da verificação da condição, existem efeitos produzidos pelo negócio jurídico, visto que o negócio se encontra concluído, antes mesmo da verificação da condição suspensiva. Na pendência da condição, mesmo não existindo como direito o crédito sujeito a condição suspensiva, existe como simples expectativa<sup>87</sup>. Por consequência, o alienante condicional «deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte» (art.272.º do Código Civil), e ainda, o adquirente do direito pode praticar actos conservatórios na pendência da condição suspensiva (art.273.º do Código Civil).

Isto quer dizer, estas normas constituem, para o alienante condicional, limitações ao pleno uso e fruição dos direitos transmitidos. No entanto, para o obrigado à preferência, a nossa lei só prevê uma limitação à liberdade de escolher a pessoa com quem se pretende contratar, sem limitar a liberdade de uso e fruição do bem pelo obrigado à preferência, nem a liberdade de contratar ou não contratar. Não conhecemos doutrina que sustente que, após a celebração do pacto de preferência, o obrigado à preferência não pode doar ou trocar o bem, ou não o pode hipotecar ou dar de penhor.

Em segundo lugar, quanto à transmissibilidade de direitos condicionais e de direitos de preferência, é admissível, em princípio, a alienação e outros actos de disposição dos direitos condicionais (art.274.º do Código Civil), e é intransmissível, em regra, o direito e a obrigação de preferência (art.420.º do Código Civil).

Em terceiro lugar, é evidente que a nossa lei considera a promessa e a preferência como duas figuras diferentes, previstas, respectivamente, nos arts.410.º e seguintes e 414.º

---

<sup>87</sup> LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.I, cit., p. 252.

e seguintes do Código Civil, produzindo os seus efeitos jurídicos distintos. Como por exemplo, na caso de o contraente faltoso não cumprir a promessa, a outra parte poderá requerer a execução específica do contrato; porém, no caso de o obrigado à preferência não cumprir a sua obrigação de contratar e realizar o negócio com o terceiro, o preferente não poderá requerer a execução específica, mas poderá propor a acção de preferência na situação de direitos legais de preferência e direitos convencionais de preferência com eficácia real.

Por consequência, a nosso ver, é muito discutível a conceção que sustenta a qualificação de preferências como promessas unilaterais sujeitas a condição suspensiva.

#### **6.1.2. Preferência como obrigação de preferir o preferente sujeita a condição suspensiva**

Há conceção que sustenta a qualificação de preferência como obrigação de dar prioridade ao preferente sujeita à verificação de certas condições.

De acordo com esta conceção, diferentemente da obrigação de celebrar o contrato projetado, a obrigação de dar preferência, que tem um conteúdo mais limitado, trata-se de um dever de dar prioridade ao preferente na celebração do contrato projetado, desde que este esteja disposto a contratar nas mesmas condições dadas por terceiro.

Como refere PINTO LOUREIRO, que recusa à preferência a natureza jurídica de promessa unilateral, entende que, por um lado, na situação do contrato-promessa, o promitente-vendedor fica «adstrito à obrigação de vender», mas no caso da preferência, a vinculação do obrigado à preferência, que é meramente condicional, sujeita aos eventos incertos e futuros de uma venda que ele não é obrigado a fazer, e de uma aquisição por parte do preferente a quem ninguém pode também coagir a comprar; e por outro lado, os direitos derivados do contrato-promessa seriam transmissíveis, mas os direitos derivados

do pacto de preferência seriam, em regra, intransmissíveis<sup>88</sup>. Assim, este autor considera que os eventos de que depende o direito de preferência são considerados como verdadeiras condições, e consistiriam na alienação do bem a terceiro e na satisfação do tanto por tanto<sup>89</sup>.

VAZ SERRA também sustenta que não se constitui a obrigação de contratar no pacto de preferência, mas apenas a de preferir o preferente ao terceiro no caso de o obrigado à preferência querer contratar. Acrescentando que essa obrigação está sujeita à dupla condição suspensiva da conclusão do contrato e da aceitação do preferente<sup>90</sup>.

Quanto à obrigação de preferir sustentada pelos autores acima referidos, coloca-se uma nova questão: num contexto em que se entende que a obrigação principal do obrigado à preferência é apenas a de preferir o preferente se contratar, e não a de contratar com esse preferente, esta declaração é certamente suficiente para conferir eficácia ao direito do preferente?

Na verdade, mesmo sustentando que a violação do direito de preferência pode resultar da inexistência de comunicação por causa imputável ao obrigado à preferência, ou da realização de comunicação por forma deficiente<sup>91</sup>, as doutrinas reconhecem que, em todo o caso, a violação da preferência se consubstancia no caso de o obrigado à preferência ter concluído, em detrimento do preferente, o contrato definitivo com terceiro<sup>92</sup>. Assim, estas doutrinas entendem que só no momento da celebração do contrato definitivo o direito do preferente ganhou eficácia.

De facto, essas doutrinas aceitam implicitamente que a obrigação a que o obrigado à

---

<sup>88</sup> LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, cit., p. 29.

<sup>89</sup> LOUREIRO, José Pinto, *Manuel dos direitos de preferência*, cit., p. 62.

<sup>90</sup> SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, *Obrigação de preferência*, cit., p. 149.

<sup>91</sup> Como por exemplo, a constituição de um contrato de compra e venda, entre o obrigado à preferência e o terceiro, de conteúdo diferente da comunicação já realizada ao preferente.

<sup>92</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 504; VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 363.



preferência está vinculado consiste também na obrigação de celebrar o contrato projetado com o preferente, por outras palavras, o obrigado à preferência só se exonera completamente da sua obrigação no caso de celebrar o contrato projetado com o preferente, parece que, assim, o obrigado à preferência está sujeito também à obrigação de contratar e não simplesmente à obrigação de preferir.

Na verdade, a nosso ver, não sustentamos a conceção da qualificação de preferência como obrigação de dar prioridade ao preferente sujeita à verificação de certas condições.

Em primeiro lugar, quanto ao papel desempenhado pela condição na relação de preferência, a condição é, pela sua própria natureza, um elemento accidental do negócio jurídico. Isto quer dizer, mesmo sendo eliminada a condição, o negócio jurídico deve continuar íntegro tanto na função como na estrutura<sup>93</sup>. No entanto, no que diz respeito aos factos relativos à preferência, como por exemplo, a vontade de contratar do obrigado à preferência, a comunicação para preferência, o projeto de contrato com terceiro, ou a declaração do preferente de pretender exercer o direito de preferência, estes factos, na realidade, desempenham uma função essencial no regime da relação de preferência. Se se excluísse tais factos, não se produziriam os efeitos da preferência. Neste sentido, podemos concluir que, esses factos, por constituírem partes fundamentais e afetarem a essência do negócio jurídico, são elementos típicos na relação de preferência, assim, não devem ser qualificados como condições em sentido técnico (elementos accidentais do negócio jurídico).

Em segundo lugar, as normas típicas do regime da condição ou do contrato condicional, nomeadamente os arts.272.º e 273.º do Código Civil, não são aplicáveis às relações de preferências. Como já referimos anteriormente, essas normas constituem, para o alienante condicional, limitações ao pleno uso e fruição dos direitos transmitidos.

---

<sup>93</sup> CATRICALÀ, António, *Patto di preferenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol.XXXII, Milão, 1982, p. 514.

Todavia, para o obrigado à preferência, a lei não prevê nenhuma limitação ao uso e fruição do bem sujeito à preferência após a celebração do pacto de preferência, ou seja, o obrigado à preferência ainda pode doar ou trocar o bem, por exemplo.

Por consequência, a nosso ver, é também muito discutível a conceção que sustenta a qualificação de preferências como obrigação de dar prioridade ao preferente sujeita à verificação de certas condições.

## **6.2. Teoria da obrigação de conteúdo negativo**

Há conceção que sustenta a qualificação de preferência como obrigação de conteúdo negativo, melhor dizendo, que configura a obrigação de dar preferência como uma obrigação de não contratar.

SIMÃO SARAIVA, que parece ser um dos autores que sustente esta conceção, refere que, no direito de preferência, «existe um sujeito activo, que é o presumível alheador e um objeto deste direito, que é um *non facere*, por parte do sujeito passivo, que consiste em não poder alienar a estranho se o consorte quiser adquirir»<sup>94</sup>.

Todavia, segundo este autor, esta obrigação de não fazer (ou obrigação negativa) não é a obrigação principal do obrigado à preferência. Isto é, SIMÃO SARAIVA entende que, na realidade, ao direito do preferente vê-se corresponder, direta e imediatamente, uma obrigação do obrigado à preferência, que é a obrigação de alienar. Isto quer dizer, a obrigação de não alienar a terceiro é meramente uma consequência da obrigação de alienar ao preferente no caso de este querer exercer o direito de preferência<sup>95</sup>.

Parece que MENEZES LEITÃO também perfilha perspectiva semelhante. Este autor entende que a obrigação de preferência é uma obrigação de conteúdo negativo, uma vez que tal obrigação é violada no caso de celebrar um contrato incompatível com a

---

<sup>94</sup> SARAIVA, Amílcar Simão, *O direito de preferência na legislação portuguesa*, in ROA, Ano 9.º, n.º3 e n.º4 (1949), p. 233.

<sup>95</sup> *Ibid.*

preferência<sup>96</sup>.

No entanto, quanto às obrigações do obrigado à preferência, este autor também reconhece que a forma apropriada de cumprir a obrigação de preferência é, nos termos do art.416.º do Código Civil, realizar a comunicação para preferência<sup>97</sup>. Para além disso, o autor não deixa de considerar o pacto de preferência como um contrato preliminar de outro contrato, um contrato cuja execução pressupõe a celebração de outros contratos<sup>98</sup>.

RIBEIRO DE FARIA também parece integrar-se nessa corrente doutrinal e qualificar a obrigação de dar preferência como uma obrigação de conteúdo negativo<sup>99</sup>. No entanto, este autor, ao identificar concretamente as obrigações do obrigado à preferência, refere-se a uma obrigação de notificar e uma obrigação de celebrar o contrato projetado<sup>100</sup>.

Podemos concluir que, ainda que os autores acima referidos pareçam qualificar a obrigação de dar preferência como uma obrigação de conteúdo negativo, reconhecem que o cumprimento das obrigações pelo obrigado à preferência se traduz em comportamentos positivos.

Na realidade, o autor que verdadeiramente sustenta esta conceção da obrigação de conteúdo negativo é LACERDA BARATA.

Este autor, primeiramente, desvaloriza os argumentos fundados na letra da lei, sobretudo o art.416.º, n.º1, do Código Civil, e defende que, embora as expressões utilizadas pelo legislador pareçam demonstrar que o obrigado à preferência está obrigado à realização de actos positivos, a letra da lei, na verdade, não fornece definitivamente um critério seguro para a obtenção de uma resposta cabal<sup>101</sup>.

LACERDA BARATA também refere-se à obrigação de indemnizar do obrigado à

---

<sup>96</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 267.

<sup>97</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 254.

<sup>98</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., pp. 217 e 252.

<sup>99</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit, p. 286.

<sup>100</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 294 e 295.

<sup>101</sup> BARATA, Carlos Lacerda, *Da obrigação de preferência*, cit., p. 148.

preferência. Isto é, quando o obrigado à preferência não celebrar o contrato projetado com o preferente, incumbe uma obrigação de indemnizar, a qual pode resultar do incumprimento de um contrato-promessa resultante da comunicação e respectiva declaração positiva do preferente, e pode também resultar da violação do art.227.º do Código Civil. Neste sentido, não existe, na realidade, uma obrigação autónoma de contratar derivada, de forma direta, da obrigação de preferência<sup>102</sup>.

Para além disso, este autor defende que a indemnização derivada do art.227.º do Código Civil é um ressarcimento de danos resultantes da violação da confiança de uma das partes na lealdade e honestidade do procedimento da outra por ocasião dos preliminares e da formação do contrato. Neste sentido, mesmo que o obrigado à preferência tivesse realizado a comunicação e o preferente tivesse declarado a sua pretensão de preferir, seria evidente que, da relação de preferência, não emergiria obrigação de contratar<sup>103</sup>.

LACERDA BARATA conclui que, como a causa de pedir na acção de preferência (art.1410.º do Código Civil) é sempre a transmissão da propriedade do bem, a violação das obrigações pelo obrigado à preferência consiste num acto positivo, que é a celebração do contrato projetado com terceiro em detrimento do direito do preferente, e essa violação das obrigações determina igualmente a constituição da obrigação de indemnizar. Neste sentido, a obrigação violada é efetivamente uma obrigação de *non facere*, que é uma obrigação da não realização do contrato preferível com terceiro, ou seja, a preferência constitui para o obrigado à preferência uma simples obrigação de não contratar<sup>104</sup>.

A nosso ver, não sustentamos a conceção da qualificação de preferência como obrigação de conteúdo negativo.

Em primeiro lugar, é muito difícil consentir que uma certa obrigação tenha de ser

---

<sup>102</sup> BARATA, Carlos Lacerda, *Da obrigação de preferência*, cit., pp. 150 e 151.

<sup>103</sup> BARATA, Carlos Lacerda, *Da obrigação de preferência*, cit., p. 151.

<sup>104</sup> BARATA, Carlos Lacerda, *Da obrigação de preferência*, cit., pp. 153-155.

qualificada como uma obrigação de conteúdo negativo por causa da sua violação se realizar mediante uma conduta positiva, ou, mais concretamente, temos dificuldade em aceitar que o interesse do preferente pode ser perfeitamente prosseguido apenas ou essencialmente por via da abstenção de agir do obrigado à preferência.

De facto, há muitas obrigações de conteúdo positivo, sobretudo aquelas que têm como objetivo possibilitar a apropriação ou a posse de uma coisa pelo credor, que, muitas vezes, não apenas incumbem ao devedor realizar certa prestação de conteúdo positivo, mas também, de forma implícita, não praticar qualquer conduta que desencadeie o incumprimento dessa prestação ou o seu cumprimento defeituoso. Isto quer dizer, muitas vezes, a obrigação de praticar certa conduta inclui, de forma necessária e lógica, a obrigação de não praticar condutas incompatíveis com a conduta devida.

Por consequência, entendemos que o facto de certa obrigação ser violada mediante conduta positiva não, necessária e definitivamente, chega a uma conclusão de que esta obrigação violada tem de ser qualificada como uma obrigação de conteúdo negativa.

Em segundo lugar, se, de acordo com LACERDA BARATA, a preferência constituísse para o obrigado à preferência uma simples obrigação de não realizar o contrato preferível com terceiro, poderíamos chegar a uma conclusão absurda: a acção de preferência tem por objetivo apenas destruir os efeitos resultantes do contrato celebrado com o terceiro.

Na verdade, nos termos do art.1410.º, n.º1, do Código Civil, o comproprietário a quem se não dê conhecimento da venda ou da dação em cumprimento tem o direito de haver para si a quota alienada, e ainda, o número seguinte dispõe que o direito de preferência e a respectiva acção não são prejudicados pela modificação ou distrate da alienação, ainda que estes efeitos resultem de confissão ou transacção judicial. Neste sentido, se o interesse do preferente fosse evitar que o obrigado à preferência celebre o

contrato com terceiro, o distrate da alienação deveria dar lugar à extinção da acção de preferência por inutilidade superveniente da lide. Todavia, o interesse do preferente, na verdade, não se esgota na destruição dos efeitos do contrato celebrado com o terceiro. Pelo contrário, a doutrina dominante entende que, no caso de o contrato celebrado pelo obrigado à preferência com o terceiro ser declarado nulo ou anulado, o exercício do direito de preferência será igualmente prejudicado<sup>105</sup>. Neste sentido, o interesse do preferente mantém-se no contrato celebrado com terceiro, e a acção de preferência não tem por objetivo principal destruir os efeitos resultantes desse contrato, mas possibilitar que o direito alienado seja adquirido pelo preferente.

Em terceiro lugar, uma vez desencadeado o processo especial de notificação para preferência, caso o preferente tenha declarado que queria exercer o seu direito e o contrato projetado não se tenha celebrado nos 20 dias seguintes, o preferente deve «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» (art.1028.º, n.º2, do novo CPC). E ainda, uma vez pago ou depositado o preço, «os bens são adjudicados ao preferente, retrotraindo-se os efeitos da adjudicação à data do pagamento ou depósito» (art.1028.º, n.º4, do novo CPC).

Assim, se a obrigação de preferência fosse a de se abster de contratar com terceiro, deveria o obrigado à preferência poder recuar nas suas intenções mesmo após a declaração positiva do preferente. No entanto, nos termos do art.1028.º do novo CPC, o que acontece é que, mesmo que o obrigado à preferência se recuse a colaborar com o preferente na celebração do contrato projetado, este ainda tem na sua completa disponibilidade a

---

<sup>105</sup> LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.III, cit., p. 382.

celebração do contrato projetado com o obrigado à preferência. Isto é, uma vez realizada a notificação judicial pelo obrigado à preferência, a adjudicação da coisa ao preferente só depende da vontade deste. O preferente, sem depender de mais nenhuma formalidade, fica com direito à adjudicação da coisa mediante depósito do preço devido<sup>106</sup>. Por consequência, estas regras previstas no processo de notificação também demonstram que o interesse do preferente protegido pela lei não é o interesse em impedir o obrigado à preferência de contratar, mas o interesse na celebração do contrato projetado.

Por último, quanto à função da comunicação para preferência, se a obrigação do obrigado à preferência fosse a obrigação de não contratar, a comunicação para preferência serviria apenas para pedir ao preferente a sua exoneração da obrigação. Neste caso, a obrigação de não contratar é considerada como uma obrigação sujeita a condição resolutiva. Isto é, a ausência de declaração, pelo preferente, da vontade de exercer o seu direito, dentro do prazo que dispõe para o efeito, que equivale ao preenchimento da condição resolutiva, conduz a uma libertação do obrigado à preferência para contratar com o preferente.

Na realidade, todavia, parece ser indubitável que a uma obrigação estabelecida de uma pessoa em benefício de outra deve corresponder um interesse do último e não da pessoa vinculada à obrigação considerada<sup>107</sup>. Neste sentido, mesmo podendo aceitar que a certa obrigação corresponda não apenas um interesse do preferente, mas também um interesse do obrigado à preferência, não consideramos aceitável que o cumprimento da obrigação tenha por fundamento um interesse exclusivo do obrigado à preferência a quem incumbe tal cumprimento.

Em suma, o direito de preferência implica uma colocação do preferente numa circunstância de prioridade face a outras pessoas, e a abstenção do obrigado à preferência

---

<sup>106</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Anot. ao Acórdão do STJ de 30 de Outubro de 1980*, cit., p. 64.

<sup>107</sup> GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *A natureza jurídica do direito de preferência*, cit., p. 62.

não cria, na verdade, qualquer circunstância de prioridade, neste caso, ainda que essa abstenção não constitua incumprimento, também não pode constituir cumprimento. Isto quer dizer, a abstenção do obrigado à preferência não satisfaz verdadeiramente o interesse do preferente. Por consequência, não sustentamos a qualificação de preferências como obrigação de conteúdo negativo.

### **6.3. Teoria do direito real de aquisição**

A doutrina inclui o direito de preferência na categoria dos direitos reais de aquisição, direitos através de cujo exercício se adquire outro direito real, de gozo ou de garantia.

De acordo com ANTUNES VARELA, o direito de preferência com eficácia real não é um direito de crédito, nem um direito subjetivo *strictu sensu*, mas antes um direito real de aquisição<sup>108</sup>.

Também como refere MANUEL DE ANDRADE, os direitos reais de aquisição resumir-se-iam, pelo que respeita ao ordenamento jurídico português, no direito de preferência<sup>109</sup>.

À face da lei portuguesa, existem várias preferências destinadas a proporcionar ao preferente, em regra, a aquisição de um direito real, como por exemplo, a aquisição de um direito de propriedade (arts.1380.º, 1555.º do Código Civil), de um direito de compropriedade (art.1409.º do Código Civil), e de um direito de superfície (art.1535.º, n.º1, do Código Civil).

Os direitos legais de preferências produzem sempre efeitos jurídicos em relação a terceiros, ou seja, estes direitos podem opor-se a quem realize o negócio a eles sujeito com o obrigado à preferência.

Por outro lado, quanto aos direitos convencionais de preferência com eficácia

---

<sup>108</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 362 nota n.º3.

<sup>109</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.II, Coimbra, Almedina, 1987, p. 53 nota n.º1.



meramente obrigacional, nos casos em que o obrigado à preferência tenha realizado o contrato projetado com um terceiro sem cumprir a obrigação que assumiu, o preferente só tem o direito à indemnização dos danos sofridos em consequência do incumprimento.

Pelo contrário, no que diz respeito aos direitos convencionais de preferência com eficácia real, mesmo nos casos em que o obrigado à preferência tenha celebrado o contrato com um terceiro em violação das suas obrigações, o preferente ainda pode, através da acção de preferência, exercer o seu direito de preferir.

Por consequência, de acordo com esta teoria, apenas as preferências legais que têm por finalidade a aquisição de um direito real e as preferências convencionais com eficácia real que têm por mesma finalidade revestem a natureza de um direito real de aquisição.

A nosso ver, na verdade, não está em causa um direito real de aquisição, uma vez que o preferente, mediante declaração positiva dirigida ao obrigado à preferência, não faz nascer um direito real, mas antes uma relação obrigacional. Isto é, o exercício do direito de preferência não incide, de forma imediata, sobre a coisa sujeita à preferência, mas sobre uma obrigação de contratar.

Mesmo intentando a acção de preferência, não está em causa um direito real de aquisição. Uma vez que o preferente não tem um direito que se exerça sobre a coisa alienada, mas apenas tem o direito de realizar coercivamente o contrato projetado, da prestação a que o obrigado à preferência estava vinculado, mediante intervenção do tribunal. Pelo contrário, o direito real de aquisição é sempre um direito que se exerça sobre uma coisa<sup>110</sup>.

Quanto à notificação judicial, caso a notificação para preferência tenha sido feita por via judicial e o contrato, após o notificado haver declarado a sua vontade de preferir, não se

---

<sup>110</sup> HENRIQUE MESQUITA também perfilha igual perspectiva (cfr. MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 242).

realize no prazo de vinte dias, o notificado pode requerer que se designe dia e hora para o obrigado à preferência receber o preço por termo no processo, sob pena de ser depositado, e os bens são adjudicados ao preferentes mediante pagamento ou depósito do preço (art.1028.º, n.º 2 e n.º4, do novo CPC).

Neste caso, mesmo que a aquisição da coisa sujeita à preferência seja efetivamente assegurada ao preferente, não está em causa um direito real de aquisição, e ainda, continua a tratar-se de uma relação obrigacional. Isto é, o obrigado à preferência fica obrigado a contratar com o preferente em consequência da declaração deste, assim, a intervenção do tribunal só efetiva o contrato entre o preferente e o obrigado à preferência. Não está em causa qualquer direito sobre uma coisa, mas apenas uma pretensão em relação ao obrigado à preferência, melhor dizendo, uma pretensão dirigida à realização do contrato projetado.

Assim, podemos concluir que, ainda que a finalidade do preferente é a aquisição do direito real, esta aquisição é que decorre da relação de preferência. O direito de celebrar um contrato não pode considerar-se real só porque o contrato, uma vez celebrado, opera a transferência ou a constituição de um direito real, pois não incide sobre uma coisa. Por consequência, a nosso ver, não devemos qualificar o direito de preferência como direito real de aquisição.

#### **6.4. Teoria do direito potestativo**

Já referimos anteriormente que a doutrina portuguesa estabelece uma divisão entre direitos legais de preferência e direitos convencionais de preferência com eficácia real, por um lado, e entre direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional, por outro.

A maioria da doutrina concebe os primeiros como direitos potestativos, de acordo com a ideia de que a violação de um direito legal de preferência ou um direito convencional de preferência com eficácia real atribui ao preferente um direito potestativo,

a fim de que este, por via judicial, se substitua ao terceiro que celebrou ilicitamente o contrato projetado com o obrigado à preferência. Isto quer dizer, esta qualificação de preferência como direito potestativo refere-se ao exercício da preferência no contexto da acção de preferência.

Quanto à qualificação da preferência, MANUEL DE ANDRADE, para além de qualificar a preferência como uma promessa de venda duplamente condicionada<sup>111</sup> e considerar os direitos legais de preferência como verdadeiros direitos reais de aquisição<sup>112</sup>, também sustenta que os direitos de preferência devem ser incluídos na categoria dos direitos potestativos constitutivos<sup>113</sup>.

ANTUNES VARELA entende que a natureza de direito potestativo só existe nas situações em que estejam em causa direitos legais de preferência ou direitos convencionais com eficácia real. Isto é, ao ter ocorrido a alienação a terceiro sem caducidade do direito de preferência, o direito de preferência com eficácia em relação a terceiros, que permite ao titular substituir-se ao terceiro da coisa sobre que incidiam, tem a natureza de direito potestativo<sup>114</sup>.

Este autor considera que antes da alienação a terceiro já existe o direito potestativo à aquisição do bem, ou seja, o preferente, desde o início, tem o direito potestativo, o qual não é afetado pela alienação do bem a terceiro. Com efeito, ANTUNES VARELA entende que quando o obrigado à preferência, violando o pacto de preferência, alienar o bem a terceiro, ou quando o obrigado à preferência comunicar judicial ou extrajudicialmente o projeto do contrato de alienação, os titulares da preferência gozam de um verdadeiro direito potestativo, uma vez que podem constituir-se titulares de um direito sobre a coisa mediante

---

<sup>111</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 20 nota n.º1.

<sup>112</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.II, cit., p. 53 nota n.º1.

<sup>113</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.I, Coimbra, Almedina, 1987, p. 14.

<sup>114</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 344 e 377.

uma simples declaração unilateral de vontade (coadjuvada pela sentença judicial)<sup>115</sup>.

Neste sentido, este direito potestativo possibilitaria ao preferente substituir-se ao terceiro na posição contratual que este adquiriu quando o exercício do direito de preferência tivesse ocorrido após a violação da preferência, e celebrar o contrato projetado com o obrigado à preferência na consequência da comunicação (por causa da atribuição do valor de proposta por ANTUNES VARELA). É possível constituir para o obrigado à preferência uma obrigação de contratar quando a comunicação não tivesse respeitado a forma do contrato projetado.

Para além disso, ANTUNES VARELA reconhece a existência de uma obrigação de conteúdo negativa, ou seja, de não contratar com o terceiro. No entanto, importa salientar que, na perspectiva deste autor, esta obrigação de conteúdo negativa não é uma obrigação principal de prestação típica da preferência, pelo contrário, é algo que expressamente decorre da sua exposição<sup>116</sup>. Isto é, no desenvolvimento lógico da relação de preferência, quando o preferente realizar a declaração de que quer exercer o seu direito, o obrigado à preferência tem a obrigação de celebrar o contrato projetado com o preferente, assim, o obrigado à preferência tem também logicamente uma obrigação de não praticar qualquer conduta que prejudique o cumprimento dessa obrigação de contratar.

Para além dos autores acima referidos, ALMEIDA COSTA<sup>117</sup>, PESSOA JORGE<sup>118</sup> e RIBEIRO DE FARIA<sup>119</sup> também reconhecem a natureza de direito potestativo apenas aos direitos legais de preferência e aos direitos convencionais com eficácia real, e ainda, restringem esta qualificação ao direito exercido mediante acção de preferência.

Estes autores entendem que os direitos convencionais a que as partes não atribuíram

---

<sup>115</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 362 e 395.

<sup>116</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 376.

<sup>117</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 452-454.

<sup>118</sup> JORGE, Fernando Pessoa, *Direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975/1976, p. 188.

<sup>119</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit., p. 291.

eficácia real têm apenas natureza obrigacional, isto quer dizer, os respectivos titulares desses direitos só gozam de um mero direito de crédito à conduta do obrigado à preferência, e conseqüentemente, o seu incumprimento só dá lugar a uma indemnização. Por outras palavras, existe este direito à indemnização porque o obrigado à preferência violou o direito do preferente, e se pôde violar este direito do preferente é porque o mesmo não era um direito potestativo, mas apenas um direito de crédito.

Na verdade, quanto ao direito potestativo, MANUEL DE ANDRADE considera que ter-se-á o direito potestativo, quando o poder conferido ao respectivo titular permite a produção de efeitos jurídicos enquanto consequência exclusiva da sua declaração de vontade, sem que haja necessidade de participação do sujeito passivo, ao que se impõe o dever de suportar o exercício de tais direitos e as suas respectivas consequências, sem que possa se opor, imputando a este verdadeiro estado de sujeição<sup>120</sup>.

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO também caracteriza-se o direito potestativo como um poder jurídico de, por meio de um acto de manifestação de vontade, eventualmente integrado por uma declaração judicial, produzir efeitos jurídicos que se impõem ao parceiro na relação obrigacional<sup>121</sup>.

Assim, podemos concluir que, o direito potestativo é um direito a produzir um efeito jurídico, o qual é apenas dependente da vontade do respectivo titular, e ainda, a contraparte do titular encontra-se num estado de sujeição, ou seja, está sujeita aos efeitos jurídicos produzidos em consequência do exercício daquele direito.

Na verdade, o obrigado à preferência, nos termos do art.416.º, n.º1, do Código Civil, fica constituído na obrigação de comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato. Esta obrigação de comunicar, que tem a natureza da «prestação» a

---

<sup>120</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.I, cit., pp. 12 e 13.

<sup>121</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 174.

que o obrigado à preferência está vinculado, é um comportamento previsto na lei que o obrigado à preferência tenha de adotar para satisfazer o interesse do preferente.

Neste sentido, se o direito de ser notificado o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato deve ser verdadeiramente considerado como um direito potestativo? E se é verdade que o direito de preferência deve ser qualificado como um puro direito potestativo?

### **6.5. Teoria da relação jurídica complexa**

Segundo a divisão entre direitos legais de preferência e direitos convencionais de preferência com eficácia real, por um lado, e direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional, por outro, há conceção que concebe os primeiros como uma relação jurídica complexa, integrada por um direito de crédito e um direito potestativo.

Como refere CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, os direitos legais de preferência e os direitos convencionais de preferência com eficácia real devem ser qualificados como «uma relação obrigacional complexa de origem legal ou contratual, integrada por um crédito do preferente em relação ao proprietário da coisa a respeito de cuja alienação a preferência pode funcionar, e um direito potestativo de provocar inexoravelmente a aquisição da coisa, no caso de ela ter sido alienada sem que fosse feita a oferta ao preferente»<sup>122</sup>.

HENRIQUE MESQUITA, referindo-se aos direitos legais de preferência e aos direitos convencionais de preferência com eficácia real, também devem ser qualificados como «uma relação jurídica complexa, integrada por direitos de crédito e direitos potestativo, que visam proporcionar e assegurar ao preferente uma posição de prioridade na aquisição, por via negocial, de certo direito, logo que se verifiquem os pressupostos que

---

<sup>122</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Direitos reais*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 144 e 145.

condicionam o exercício da prelação»<sup>123</sup>.

De acordo com este autor, no regime do direito legal de preferência e do direito convencional de preferência com eficácia real importa distinguir duas fases.

A primeira fase que se desencadeia a partir do momento em que o obrigado à preferência decide realizar o negócio sujeito à preferência, ao preferente assistem sucessivamente os seguintes direitos: a) o direito de crédito a que lhe sejam notificados os termos essenciais do projeto de alienação; b) o direito potestativo de declarar que pretende preferir na sequência desta notificação; c) o direito de crédito de exigir, após ter declarado a vontade de exercer a preferência, que o obrigado à preferência realize o negócio projetado com o preferente, sempre que a declaração de preferir não baste para o consumir<sup>124</sup>.

A segunda fase só terá lugar quando o obrigado à preferência realizar o contrato projetado com terceiro sem proporcionar ao preferente a possibilidade de ser ele a realizar tal contrato. Neste caso, o preferente passa a ter o direito potestativo de, por via judicial (a acção de preferência), se substituir ou subrogar ao adquirente do bem, no contrato por este celebrado com o obrigado à preferência<sup>125</sup>.

Na realidade, a classificação dos direitos subjetivos é matéria pacífica na doutrina desde há muito tempo. De acordo com MANUEL DE ANDRADE, a divisão destes deve ser feita entre direitos subjetivos propriamente ditos e direitos potestativos.

MANUEL DE ANDRADE considera que os direitos subjetivos propriamente ditos atribuem ao seu titular o poder de exigir ou pretender de outrem um certo comportamento positivo ou negativo<sup>126</sup>, e os direitos potestativos proporcionam ao seu titular o poder de

---

<sup>123</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 225.

<sup>124</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 226.

<sup>125</sup> MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., pp. 226 e 227.

<sup>126</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.I, cit., p. 10.

operar um efeito jurídico mediante uma declaração de vontade do mesmo titular, só de per si, ou integrada por uma ulterior decisão judicial<sup>127</sup>.

HEINRICH EWALD HÖRSTER também entende que os direitos potestativos são poderes de produzir uma modificação jurídica, traduzida na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, sem que ninguém se possa opor a essa modificação, visto que esta se produz, em regra, por mero efeito de uma declaração do titular do direito<sup>128</sup>.

Neste sentido, o direito potestativo é um direito a produzir um efeito jurídico, por simples declaração de vontade do titular, sem necessitar da colaboração da contraparte do titular do direito. Pelo contrário, quanto ao direito subjetivo propriamente dito, a contraparte do titular tem uma obrigação de realizar um certo comportamento positivo ou negativo, ou seja, é necessário a colaboração da contraparte do titular do direito para a realização do interesse projetado pelo direito subjetivo.

Quando o obrigado à preferência proceder à obrigação de comunicar e o preferente declarar que pretende exercer o seu direito, constitui-se para o obrigado à preferência uma obrigação de alienar a favor do preferente, mesmo na situação do direito de preferência com eficácia meramente obrigacional.

Isto quer dizer, a obrigação de contratar com o preferente surge na sequência da declaração deste mediante a qual ele exerce o seu direito de preferir, ou seja, surge por efeito jurídico da declaração do preferente. Assim, produz-se uma modificação jurídica na esfera jurídica do obrigado à preferência por mero efeito jurídico da declaração do preferente, tanto nas situações dos direitos legais de preferência e dos direitos convencionais de preferência com eficácia real, como na situação dos direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional.

---

<sup>127</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.I, cit., p. 12.

<sup>128</sup> HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do código civil português*, cit., pp. 245 e 246.



Neste sentido, se é verdade que devemos excluir a natureza do direito potestativo para os direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional?

### **6.6. Posição adoptada**

Com o objetivo de analisar a natureza jurídica do direito de preferência, é necessário analisarmos, primeiramente, o conteúdo deste direito.

Na realidade, ainda que a maioria da doutrina portuguesa pareça considerar a obrigação do obrigado à preferência como uma simples obrigação de dar prioridade ao preferente, e configure a obrigação de dar preferência com algo diferente de uma obrigação de contratar, ou seja, o obrigado à preferência não está obrigado a contratar com o preferente mas apenas a preferi-lo, a verdade é que, no desenvolvimento da relação de preferência, essa obrigação de dar prioridade é apenas cumprida de forma integral quando o obrigado à preferência celebrar o contrato projetado com o preferente, isto quer dizer, a obrigação de dar prioridade só ganha efeito útil quando o obrigado à preferência contratar com o preferente. Neste sentido, a doutrina portuguesa reconhece que, em último termo, o obrigado à preferência só cumpre as suas obrigações quando contratar com o preferente<sup>129</sup>.

Todavia, isso não significa que o obrigado à preferência tem, desde logo, a obrigação de contratar com o preferente no momento em que decide contratar em determinadas condições com certo terceiro, o que a doutrina sustenta é que, a partir do momento em que o obrigado à preferência decide alienar a coisa sujeita à preferência em determinadas condições a certo terceiro, fica constituído na obrigação de comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato; e só a partir do momento em que o preferente declara ao obrigado à preferência que quer exercer o seu direito de preferir,

---

<sup>129</sup> Por exemplo, LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.III, cit., p. 379; CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 505; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 355; TELES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, cit., p. 152.

dentro do prazo fixado para o efeito jurídico, fica o obrigado à preferência constituído na obrigação de contratar com o preferente.

Assim, podemos concluir que, a preferência é integrada por duas obrigações: a primeira é a obrigação de comunicar, e a segunda é a obrigação de contratar.

No que diz respeito à obrigação de comunicar, uma vez que tem a natureza da «prestação» a que o obrigado à preferência está vinculado, e ainda, é um comportamento que o obrigado à preferência tenha de adoptar para satisfazer o interesse do preferente, este direito de ser notificado o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato é, de facto, um direito de crédito.

Quanto à obrigação de contratar com o preferente, como já referimos, antes de receber a declaração do preferente, não se constitui tal obrigação na esfera jurídica do obrigado à preferência. Isto quer dizer, a obrigação de contratar com o preferente surge na sequência da declaração deste mediante a qual o preferente exerce o seu direito de preferir, ou seja, tal obrigação surge por efeito jurídico da declaração do preferente.

O exercício do direito de preferência, mediante declaração do preferente, tem como efeito a constituição de uma obrigação de contratar com o mesmo na esfera do obrigado à preferência. Importa salientar que, uma vez realizada a declaração, produz-se uma modificação jurídica na esfera jurídica do obrigado à preferência. Esta modificação jurídica produz-se por mero efeito jurídico da declaração do preferente e não carece de qualquer comportamento do obrigado à preferência<sup>130</sup>. Assim, o direito de preferir é, de facto, um direito potestativo.

Note-se que, a partir do momento em que o obrigado à preferência decide alienar a

---

<sup>130</sup> Note-se que ainda que o obrigado à preferência tenha a obrigação de comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato, não significa que esta obrigação de comunicar leva à constituição da obrigação de contratar com o preferente, o que leva à constituição da obrigação de contratar é a declaração do preferente, e ainda, fica sempre salva ao preferente a possibilidade de exercer o seu direito ao ter tido conhecimento da decisão do obrigado à preferência por outra via que não a comunicação.

coisa sujeita à preferência em determinadas condições a certo terceiro, constituem-se o direito de ser comunicado o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato e o direito de preferir na esfera jurídica do preferente. Este, tendo tomado conhecimento desses elementos essenciais, declara ao obrigado à preferência que quer exercer o seu direito de preferir, e a partir deste momento, constitui-se uma obrigação de contratar com o preferente na esfera jurídica do obrigado à preferência.

Assim, no caso de o obrigado à preferência alienar a coisa sujeita à preferência sem ter dado oportunidade ao preferente de exercer o seu direito, esta alienação é logicamente posterior à decisão da alienação dessa coisa, e conseqüentemente, é também posterior à constituição do direito de preferência.

Neste caso, a constituição do direito é anterior à alienação a favor de terceiro, não existindo nenhum problema de impossibilidade originária. Assim, caso a propriedade da coisa alienada retorne à esfera jurídica do obrigado à preferência, ou seja, caso o obrigado à preferência volte a ter o poder de disposição da coisa (por exemplo, o contrato celebrado com o terceiro contém uma condição resolutiva, a qual pode ser o próprio exercício do direito de preferir), a obrigação de contratar com o preferente poderá ser perfeitamente cumprida pelo obrigado à preferência.

No entanto, se o obrigado à preferência não voltar a ter o poder de disposição da coisa, mesmo na situação do direito convencional de preferência com eficácia meramente obrigacional, a alienação previamente realizada a favor de terceiro não impede a produção do efeito jurídico do exercício do direito de preferir, isto é, não impede que a obrigação de contratar com o preferente se constitua na esfera jurídica do obrigado à preferência. O que está em causa é apenas o problema posterior ao exercício do direito de preferir, que é o da impossibilidade do cumprimento da obrigação de contratar com o preferente. Neste caso, como o obrigado à preferência não pode cumprir esta obrigação por ter alienado a coisa a

terceiro, o preferente pode reclamar a indemnização pelos danos sofridos.

Importa salientar que, aquilo que o obrigado à preferência pode frustrar pela violação da obrigação a que está vinculado não é, de facto, o direito potestativo em si, mas o efeito útil do direito potestativo e correspondente obrigação resultantes desse exercício. Isto é, não se pode dizer que a alienação a favor de terceiro realizada pelo obrigado à preferência viola o direito potestativo, porque, na verdade, essa alienação actua sobre a realidade a que se dirige o direito, ou seja, o que prejudica é apenas o efeito do seu exercício, mas não o direito propriamente dito.

Em suma, o direito de preferir constitui-se na esfera jurídica do preferente no momento em que o obrigado à preferência decide realizar o contrato projetado com certo terceiro, e uma vez declarada ao obrigado à preferência que quer exercer o seu direito de preferir, constitui-se uma obrigação de contratar com o preferente na esfera jurídica do obrigado à preferência sem qualquer comportamento deste. Por consequência, o direito de preferir é um direito potestativo constitutivo de uma obrigação de contratar com o preferente.

ORLANDO DE CARVALHO, todavia, não considera esse direito de preferir como direito potestativo por poder ser violado. Este autor entende que o direito é suscetível de violação, o que exclui a situação de sujeição, e a sua potestatividade pode sofrer a paralisia, mesmo nas circunstâncias do direito legal de preferência e do direito convencional de preferência com eficácia real. Como o direito pode vir a frustrar-se por perda ou destruição da coisa, tal frustração deve considerar-se uma incompatibilidade com o direito potestativo<sup>131</sup>.

A nosso ver, devemos considerar tal circunstância como uma situação de extinção do direito potestativo por impossibilidade superveniente do seu objeto, e não uma violação do

---

<sup>131</sup> CARVALHO, Orlando de, *Direito das coisas*, Coimbra, 1977, pp. 18 e 19.

direito potestativo nem uma incompatibilidade com o mesmo direito. Isto é, caso a coisa sujeita à preferência pereça já após a constituição do direito de preferência e antes do seu exercício (antes da declaração do preferente), a preferência perde o seu objeto e torna-se supervenientemente impossível a celebração do contrato projetado, assim, o direito extingue-se.

Por outro lado, caso o perecimento da coisa sujeita à preferência ocorra após o exercício do direito (o preferente já realizou a declaração), o que se torna impossível é a obrigação de contratar com o preferente resultante do seu exercício do direito de preferir. Isto quer dizer, aquilo que o obrigado à preferência pode frustrar pela violação da obrigação a que está vinculado é apenas o efeito útil do direito potestativo e correspondente obrigação resultantes desse exercício, e não o direito potestativo em si.

E é claro que caso o perecimento da coisa tenha ocorrido, após a constituição do direito, por facto imputável ao obrigado à preferência, o preferente pode reclamar uma indemnização dos danos sofridos em consequência daquele facto, pois o obrigado à preferência, neste caso, viola o dever de agir de boa fé<sup>132</sup>.

Como já referimos, a constituição de uma obrigação de contratar com o preferente, como efeito jurídico resultante do exercício do direito de preferência, não carece de qualquer colaboração do obrigado à preferência, assim, é possível que o preferente tenha conhecimento da decisão de contratar do obrigado à preferência por outra via (não pela comunicação) e queira exercer o seu direito. Neste caso, o facto de o obrigado à preferência não realizar a comunicação não impede que o preferente exerça o seu direito.

Para além disso, alguma doutrina considera a faculdade de o preferente adquirir a coisa alienada a um terceiro em violação da preferência (art.1410.º do Código Civil) como

---

<sup>132</sup> Este dever de agir de boa fé concretiza-se, como já referimos, na obrigação de não comprometer o efeito útil e a integridade do direito de preferente.

um direito potestativo do preferente<sup>133</sup>. Todavia, a nosso ver, esta faculdade não é um direito potestativo, nem sequer um direito real de aquisição, mas apenas uma pura faculdade adjetiva de obter a realização coerciva, mediante intervenção do tribunal, do comportamento a que o obrigado à preferência está vinculado.

Na realidade, os direitos de preferência com eficácia em relação a terceiros, tanto o direito legal de preferência como o direito convencional de preferência com eficácia real, têm apenas uma característica do direito do preferente, diferentemente do direito convencional de preferência com eficácia meramente obrigacional, é que o direito do preferente a exigir a celebração do contrato projetado não é prejudicado por qualquer comportamento de alienação a um terceiro.

Isto quer dizer, a eficácia real tem efetivamente o sentido de que, qualquer comportamento de alienação a favor de um terceiro feito pelo obrigado à preferência não afeta a obrigação de contratar constituído pelo preferente mediante o exercício do seu direito.

Neste sentido, a não ser que se entenda que a faculdade adjetiva de obter a realização coerciva do comportamento a que o obrigado à preferência está vinculado é sempre um direito potestativo, não se deve considerar essa faculdade exercida pela acção de preferência como um direito potestativo. A nosso ver, esta faculdade é apenas um mecanismo processual com o objetivo de obter uma realização coerciva, mediante intervenção do tribunal, do comportamento a que o obrigado à preferência está vinculado.

Em conclusão, a nosso ver, os direitos de preferência, tanto os direitos legais de preferência e os direitos convencionais de preferência com eficácia real, como os direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional, devem ser

---

<sup>133</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 358, 452-454; VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 344; JORGE, Fernando Pessoa, *Direito das obrigações*, cit., p. 188; FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit., p. 291.

qualificados como uma relação jurídica complexa, integrada por direito de crédito (o direito de ser comunicado o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato) e direito potestativo (o direito de preferir).

## **7. Tutela do direito de preferência**

Quanto à tutela do direito de preferência, é necessário que analisemos os mecanismos que a lei põe à disposição do titular do direito. Esses mecanismos são, principalmente, de dois tipos: quando o obrigado à preferência violar as suas obrigações, o preferente tem, desde logo, direito a ser indemnizado pelos danos sofridos, por um lado; e em certas situações, o preferente pode ainda recorrer à acção de preferência, por outro lado.

### **7.1. Direito à indemnização**

Como já referimos, uma vez constituído o direito de preferência, o obrigado à preferência fica obrigado a comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato, e uma vez exercido o direito de preferência, o obrigado à preferência fica obrigado a celebrar com o preferente um contrato projetado nas mesmas condições ajustadas com terceiro.

Neste sentido, se o obrigado à preferência contratar com o terceiro sem realizar a comunicação ou realizar inexactamente a comunicação, está em causa uma violação da obrigação de comunicar<sup>134</sup>, e conseqüentemente, constitui-se uma pretensão indemnizatória a favor do preferente.

Neste caso, o interesse prejudicado do preferente não é, em princípio, o interesse em celebrar o contrato projetado, mas sim o interesse em decidir se exerce ou não o direito de preferência em face de um projeto de contrato<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Se o preferente tiver conhecimento de que o obrigado à preferência decidiu alienar a coisa sujeita à preferência a um certo terceiro, com a recusa do mesmo obrigado em realizar a comunicação, o preferente poderá propor uma acção com vista a receber informação sobre os termos em que o obrigado à preferência decidiu contratar com o terceiro, uma vez que a obrigação de comunicar nasce, de facto, a partir do momento em que o obrigado à preferência se decide contratar em determinadas condições com certo terceiro.

<sup>135</sup> Como já referimos, o preferente tem sempre a possibilidade de exercer o seu direito ao ter tido conhecimento de termos do contrato projetado por outra via que não a comunicação do obrigado à preferência. Neste caso, mesmo que o obrigado à preferência não realize a comunicação, o preferente ainda pode exercer o seu direito, e uma vez recebido a declaração positiva, o obrigado à preferência fica obrigado a contratar com o preferente. Assim, a existência de uma declaração positiva de preferência transforma o incumprimento da obrigação de comunicar no incumprimento da obrigação de contratar com o preferente.



Tal comportamento culposo do obrigado à preferência (a celebração do contrato projetado com terceiro) poderá levar ao ressarcimento do interesse positivo, para que coloque o preferente na situação em que estaria se o obrigado à preferência tivesse cumprido a sua obrigação que lhe incumbia.

Importa salientar que, uma vez constituído o direito de preferência, o obrigado à preferência está obrigado a agir de boa fé, ou seja, tem a obrigação de não comprometer o efeito útil e a integridade do direito de preferente. Assim, no caso de o obrigado à preferência, após a realização da comunicação, celebrar o contrato projetado com terceiro sem esperar a declaração do preferente, o que está em causa é uma violação do dever de agir de boa fé e não da obrigação de comunicar.

Neste caso, o que é prejudicado é o efeito útil de uma declaração positiva do preferente. Assim, tal comportamento culposo do obrigado à preferência poderá também levar ao ressarcimento do interesse positivo, isto é, coloca o preferente na situação em que estaria se o obrigado à preferência tivesse cumprido a obrigação que lhe incumbia.

Em suma, ambas as duas situações acima referidas poderão levar ao ressarcimento do interesse positivo. De facto, a fim de que o preferente seja ressarcido, é ainda necessário demonstrar que, em face daquele contrato projetado, o preferente teria exercido o seu direito se tivesse tido oportunidade para tal. E uma vez que a celebração do contrato projetado com terceiro não impede o efeito constitutivo do direito de preferência, tal demonstração da declaração positiva pode transformar o incumprimento da obrigação de comunicar ou do dever de boa fé no incumprimento da obrigação de contratar com o preferente.

No caso de o obrigado à preferência contratar com terceiro após a declaração positiva do preferente, está em causa uma violação da obrigação de contratar, ou seja, o interesse prejudicado é o interesse em celebrar um contrato idêntico ao negociado com terceiro. Tal

comportamento culposo poderá levar ao ressarcimento do interesse positivo, quer dizer, importará para o obrigado à preferência a obrigação de indenizar os danos causados pela não celebração do contrato projetado com o preferente, e neste caso, só é dependente da prova do incumprimento do obrigado à preferência.

Podemos concluir que, a celebração do contrato projetado com terceiro, neste caso, em regra, tem como consequência o incumprimento definitivo da obrigação de contratar com o preferente, a não ser que o obrigado à preferência recupere a propriedade da coisa sujeita à preferência em tempo útil.

Assim, na circunstância do direito convencional de preferência com eficácia meramente obrigacional, o ressarcimento do interesse positivo será dirigido a colocar o titular do direito na situação em que este estaria se a obrigação de contratar tivesse sido cumprida.

Caso a coisa sujeita à preferência seja fungível, o preferente terá direito a pedir uma indenização do eventual sacrifício patrimonial em que incorreu para obter uma coisa idêntica<sup>136</sup>. Caso a coisa sujeita à preferência seja infungível, o preferente, por não poder comprar uma coisa idêntica no mercado, terá direito a ser indenizado da vantagem patrimonial que teria conseguido se tivesse adquirido tal coisa.

Importa salientar que, nas circunstâncias do direito legal de preferência e do direito convencional de preferência com eficácia real, mesmo que o direito à aquisição do preferente prevaleça sobre o direito de propriedade do terceiro<sup>137</sup>, o preferente não está obrigado a recorrer à acção de preferência, isto quer dizer, ele terá direito a pedir uma indenização.

---

<sup>136</sup> Por exemplo, se a preferência dizia respeito à venda de uma coisa por um preço de 50, e se o preferente, por causa do incumprimento do obrigado à preferência, teve de pagar 70 para adquirir uma coisa idêntica no mercado, o preferente terá direito a ser indenizado de 20.

<sup>137</sup> No caso do direito convencional de preferência com eficácia real, desde que o pacto de preferência tivesse registo anterior ao registo da aquisição por terceiro.

Na verdade, no caso da destruição da coisa sujeita à preferência, após a constituição do direito de preferência, por facto imputável ao obrigado à preferência, está em causa uma violação do dever de agir de boa fé<sup>138</sup> ou da obrigação de contratar com o preferente, e neste caso, o preferente também poderá ser indemnizado do eventual sacrifício patrimonial em que incorreu para comprar uma coisa idêntica (na situação de coisa fungível), ou poderá ser indemnizado da vantagem patrimonial que teria conseguido se tivesse adquirido tal coisa (na situação de coisa infungível).

Em conclusão, uma vez constituído o direito de preferência, o obrigado à preferência não tem liberdade para decidir não contratar com o preferente. Se aquele, por facto imputável, não cumprir as suas obrigações, o preferente terá direito a ser indemnizado do interesse positivo, desde que exista uma declaração positiva ou demonstre que em face daquele contrato projetado teria exercido o seu direito se tivesse tido oportunidade para tal.

## **7.2.Direito de recorrer à acção de preferência**

Nos termos do art.1410.º, n.º1, do Código Civil, «o comproprietário a quem se não 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 acção». Para a maioria dos autores, esta norma atribui ao preferente um direito de se substituir ao terceiro que contratou ilicitamente com o obrigado à preferência<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> No caso de a destruição da coisa ocorrer depois da constituição do direito de preferência e antes do recebimento da declaração positiva do preferente.

<sup>139</sup> LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.III, cit., p. 380; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.I, cit., p. 14; MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações reais e ónus reais*, cit., p. 227; FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, cit., p. 291; VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 395; COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 419; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil: reais*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 557; JORGE, Fernando Pessoa, *Direito das obrigações*, cit., p. 188, entre outros.

Nos casos em que o obrigado à preferência celebre o contrato projetado com terceiro em detrimento do preferente, o obrigado à preferência violou as suas obrigações, nomeadamente a obrigação de contratar (após o preferente ter declarado pretender preferir), a obrigação de comunicar (sem realizar a comunicação) ou o dever de agir de boa fé (após a realização da comunicação e sem ter esperado pela resposta do preferente). Neste caso, se o direito de preferência gozar de eficácia em relação a terceiros, o preferente terá direito de recorrer à acção de preferência, e assim, ele faz prevalecer o seu direito sobre o direito de propriedade do terceiro.

O preferente, neste caso, está a declarar tacitamente que pretendeu exercer o seu direito de preferência, uma vez que antes não lhe foi dada a oportunidade de o fazer. Caso tal pedido seja considerado procedente, o preferente pode haver para si a coisa alienada.

A lei atribui ao preferente um direito de haver para si a coisa alienada, isto é, um direito a adquirir a coisa sujeita à preferência nas condições em que a venda ou dação em cumprimento foram celebradas entre obrigado à preferência e terceiro.

Neste sentido, o recurso à acção de preferência pode obter o cumprimento coercivo da prestação devida pelo obrigado à preferência, constituindo pela via judicial um contrato de compra e venda entre preferente e obrigado à preferência de conteúdo idêntico ao contrato celebrado com terceiro.

Em suma, o preferente terá direito de recorrer à acção de preferência, caso o obrigado à preferência tenha vendido ou dado em cumprimento a terceiro a coisa sujeita à preferência<sup>140</sup>, sem ter realizado a comunicação, ou tendo realizado tal comunicação sem

---

<sup>140</sup> A alienação a terceiro a coisa sujeita à preferência torna impossível o cumprimento das obrigações do obrigado à preferência, melhor dizendo, tal alienação inviabiliza definitivamente o exercício regular do direito. O art.1410.º, n.º1, do Código Civil refere-se a um direito de haver «a quota alienada», e ainda, «elementos essenciais da alienação» a que esta norma alude referem-se a uma alienação já realizada, assim, ainda que a alienação a terceiro não seja a única situação de incumprimento das obrigações emergentes da preferência, o preferente só tem direito de recorrer à acção de preferência após a alienação a terceiro a coisa sujeita à preferência, no caso de o direito de preferência gozar de eficácia em relação a terceiros. Quanto a

ter esperado pela resposta do preferente, ou sem ter contratado com o preferente em face da declaração positiva de preferência.

Importa salientar que, para a propositura da acção de preferência, há dois ónus<sup>141</sup> que recaem sobre o preferente: primeiro, o de interpor a acção no prazo de seis meses a contar da data em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação; segundo, o de depositar o preço devido nos 15 dias seguintes à propositura da acção.

Quanto ao ónus do prazo de seis meses, é justamente a norma que impede o exercício do direito de preferência a todo o tempo. Isto é, a alienação a terceiro a coisa sujeita à preferência faz com que o exercício ou não do direito de preferência extravase da relação entre obrigado à preferência e preferente e passe a influenciar direitos de terceiro e a segurança do tráfico jurídico. Assim, é necessário que o preferente tome uma decisão rápida sobre se pretende ou não para si a coisa alienada.

Como os seis meses se contam da data em que o preferente teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação, tanto o obrigado à preferência como o terceiro adquirente, para sair de tal situação incerta, podem levar ao conhecimento do preferente esses elementos essenciais, e conseqüentemente, precipitar o início do decurso do prazo de seis meses.

De acordo com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, os elementos essenciais da alienação previstos no art.1410.º, n.º1, do Código Civil, são «todos os factores do negócio

---

outras situações de incumprimento das obrigações emergentes da preferência, como por exemplo, no caso de o preferente ter conhecimento de que o obrigado à preferência decidiu alienar a coisa sujeita à preferência a um certo terceiro, com a recusa do mesmo obrigado em realizar a comunicação, o preferente poderá propor uma acção com vista a receber informação sobre os termos em que o obrigado à preferência decidiu contratar com o terceiro. Isto quer dizer, caso o obrigado à preferência, antes da alienação a terceiro, não cumpra voluntariamente as suas obrigações, o preferente poderá exigir judicialmente o cumprimento da sua obrigação (art.817.º do Código Civil), mesmo nos casos em que o direito de preferência só goze de eficácia obrigacional. Todavia, após a alienação ilícita a terceiro, o preferente, apenas nos casos em que o direito de preferência goze de eficácia em relação a terceiros, poderá recorrer à acção de preferência e haver para si a coisa alienada.

<sup>141</sup> No caso de o preferente não adoptar tais comportamentos, não o constitui em responsabilidade, mas só tem como efeito uma desvantagem, que é a perda do direito, assim, o que está em causa é ónus.

capazes de influir decisivamente na formação da vontade de preferir ou não, todos os elementos reais do contrato que pudessem ter influência num sentido ou noutro»<sup>142</sup>.

Neste sentido, tais elementos essenciais são, de facto, aqueles que, em abstracto e dentro dos dados de uma alienação já realizada, são relevantes e necessárias para que o preferente possa decidir se pretende ou não adquirir a coisa sujeita à preferência em condições já determinadas pelo obrigado à preferência e terceiro<sup>143</sup>.

Na verdade, se a lei mandasse contar o prazo de caducidade a partir do momento em que o preferente tivesse conhecimento de todos os elementos da alienação já efectuada, permitir-lhe-ia prolongar quase indefinidamente o prazo, pois é possível que o preferente alegue o desconhecimento de todos os elementos da alienação e que está à espera de conhecer os demais elementos, e conseqüentemente, prolongue a situação incerta com prejuízos para a segurança do tráfico jurídico.

No que diz respeito ao ónus do depósito do preço devido, de acordo com ANTUNES VARELA, este ónus tem como objetivo «garantir, na medida do possível, a utilidade real da acção de preferência, pondo o alienante a coberto do risco de perder o contrato com o adquirente e não vir a celebrá-lo com o preferente (por este se desinteressar entretanto da sua realização ou por não ter os meios necessários para a aquisição)»<sup>144</sup>. Isto quer dizer, como o obrigado à preferência deve reembolsar o adquirente do preço recebido, tal depósito serve para assegurar que o mesmo obrigado receberá o preço devido.

Este preço devido designa, de facto, um valor em dinheiro a pagar pelo preferente como contrapartida da aquisição da coisa sujeita à preferência. Esse valor corresponde ao

---

<sup>142</sup> LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código civil anotado*, Vol.III, cit., pp. 372 e 373.

<sup>143</sup> Assim, «elementos essenciais da alienação» previstos no art.1410.º do Código Civil e «projeto de venda e cláusulas do respectivo contrato» previsto no art.416.º do Código Civil são diferentes. Também AGOSTINHO CARDOSO GUEDES sustenta que o primeiro designa uma realidade menos vasta do que aquela designada pelo segundo (cfr. GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição, *O exercício do direito de preferência*, cit., p. 647).

<sup>144</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Exercício do direito de preferência*, cit., p. 242.

benefício patrimonial ajustado entre obrigado à preferência e adquirente como contrapartida da alienação da coisa sujeita à preferência<sup>145</sup>, assim, as despesas em que o adquirente possa ter incorrido<sup>146</sup> ou os impostos que ele possa ter pago não devem ser abrangidos pelo preço devido previsto no art.1410.º, n.º1, do Código Civil, pois tais despesas são realizadas em benefício de outras entidades que não o obrigado à preferência, ou seja, são apenas despesas realizadas pelo adquirente<sup>147</sup> mas não são benefício patrimonial resultante da alienação para o obrigado à preferência.

Em resumo, caso o obrigado à preferência tenha vendido ou dado em cumprimento, de forma culposa, a coisa sujeita à preferência a terceiro, nos casos em que o direito de preferência goze de eficácia em relação a terceiros, o preferente terá direito de recorrer à acção de preferência e haver para si a coisa alienada, desde que o requeira dentro do prazo de caducidade e deposite o preço devido nos 15 dias seguintes à propositura da acção.

---

<sup>145</sup> No mesmo sentido, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 262; CORDEIRO, António Menezes, *Direitos reais*, Lisboa, Lex, 1993, p. 779 nota n.º1825.

<sup>146</sup> Existem estas despesas no caso de, por exemplo, a celebração do contrato de compra e venda determinar, para o adquirente, uma obrigação de pagar uma quantia a título de comissão a um mediador imobiliário.

<sup>147</sup> Desde que verificados os pressupostos da respectiva responsabilidade, o adquirente terá direito a ser indemnizado dessas despesas pelo obrigado à preferência. Por exemplo, caso o obrigado à preferência tenha informado o adquirente da possibilidade de vir a ser exercido um direito de preferência com eficácia real, caberá ao adquirente suportar tais despesas realizadas, pelo contrário, caberá ao obrigado à preferência suportá-las.

## **8. Conclusão**

O direito de preferência atribuí ao seu titular uma prioridade sobre certo terceiro na celebração de contrato objeto da preferência nas mesmas condições ajustadas entre o obrigado à preferência e aquele terceiro.

O obrigado à preferência tem a liberdade de celebrar ou não o contrato objeto da preferência, todavia, uma vez decidida e negociada essa celebração com certo terceiro, fica limitada a sua liberdade de escolher o contraente.

Neste sentido, o pressuposto de constituição do direito de preferência é a decisão por parte do obrigado à preferência de celebrar o contrato objeto da preferência em determinadas condições com certo terceiro. Ou seja, tal decisão de contratar tem como efeito a constituição do direito de preferência na esfera jurídica do preferente.

Uma vez constituído o direito de preferência, o obrigado à preferência fica obrigado a comunicar ao preferente o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato.

A comunicação, que se trata de uma obrigação e não de um ónus, tem como objetivo principal proteger o interesse do preferente: avisar este de que o obrigado à preferência decide contratar e das cláusulas do contrato projetado ajustado com terceiro, para que o preferente saiba que pode exercer o seu direito de preferir e em que condições poderá contratar com o obrigado à preferência.

Logo que o direito de preferência se constitui, o obrigado à preferência deve agir de boa fé, que se concretiza num dever de não realizar actos que possam comprometer o efeito útil e a integridade do direito de preferência, tal como a destruição da coisa sujeita à preferência.

O obrigado à preferência cumprirá a obrigação de comunicar desde que informe o preferente do projeto de venda e das cláusulas do respectivo contrato, não sendo de considerar aqui quaisquer outras informações que possam eventualmente ser relevantes



para que o preferente decida se quer ou não exercer o seu direito.

A realização da comunicação tem como efeito a determinação do prazo para o exercício do direito de preferência. Este prazo de caducidade começa a correr depois de a comunicação chegar ao conhecimento do preferente. No caso de a comunicação não ser realizada ou ser realizada de forma irregular, tal efeito não se produz.

A declaração do preferente é uma declaração de vontade pela qual ele exerce o seu direito de preferir. O efeito da declaração traduz-se na constituição, para o obrigado à preferência, de uma obrigação de celebrar com o preferente um contrato economicamente idêntico ao negociado com terceiro, independentemente de o obrigado à preferência ter sido regularmente realizado a comunicação.

Quanto à natureza jurídica do direito de preferência, tanto os direitos legais de preferência e os direitos convencionais de preferência com eficácia real, como os direitos convencionais de preferência com eficácia meramente obrigacional, devem ser qualificados como uma relação jurídica complexa, integrada por direito de crédito (o direito de ser comunicado o projeto de venda e as cláusulas do respectivo contrato) e direito potestativo (o direito de preferir).

Caso o obrigado à preferência, antes da alienação a terceiro, não cumpra voluntariamente as suas obrigações, o preferente poderá exigir judicialmente o cumprimento da sua obrigação. Por exemplo, no caso de o preferente ter conhecimento de que o obrigado à preferência decidiu alienar a coisa sujeita à preferência a um certo terceiro, com a recusa do mesmo obrigado em realizar a comunicação, o preferente poderá propor uma acção com vista a receber informação sobre os termos em que o obrigado à preferência decidiu contratar com o terceiro.

A celebração do contrato projetado com terceiro, em regra, tem como consequência o incumprimento definitivo das obrigações do obrigado à preferência. Neste sentido, se este

celebrar o contrato projetado com terceiro sem cumprir as suas obrigações, o preferente terá direito a ser indemnizado do interesse positivo, desde que exista uma declaração positiva ou demonstre que em face daquele contrato projetado teria exercido o seu direito se tivesse tido oportunidade para tal.

Caso o obrigado à preferência tenha vendido ou dado em cumprimento a terceiro a coisa sujeita à preferência, sem ter realizado a comunicação, ou tendo realizado tal comunicação sem ter esperado pela resposta do preferente, ou sem ter contratado com o preferente em face da declaração positiva de preferência, o preferente, nos casos em que o direito de preferência goze de eficácia em relação a terceiros, poderá recorrer à acção de preferência e haver para si a coisa alienada, desde que o requeira dentro do prazo de caducidade e deposite o preço devido nos 15 dias seguintes à propositura da acção.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Teodoro Bastos de — *Boa fé e notificação para preferência*, in BFD, Coimbra, Vol.78, 2002.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.I, Coimbra, Almedina, 1987.
- *Teoria geral da relação jurídica*, Vol.II, Coimbra, Almedina, 1987.
- *Teoria geral das obrigações*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 1966.
- ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito civil: reais*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- *Direito civil: teoria geral*, Vol.II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- BARATA, Carlos Lacerda — *Da obrigação de preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- CARVALHO, Orlando de — *Direito das coisas*, Coimbra, 1977.
- CATRICALÀ, António — *Patto di preferenza*, in Enciclopedia del Diritto, Vol.XXXII, Milão, 1982.
- CORDEIRO, António Menezes — *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2015.
- *Direito das obrigações*, Vol.I, Lisboa, AAFDL, 2001.
- *Direitos reais*, Lisboa, Lex, 1993.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida — *Direito das obrigações*, 12.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- *Origem da enfiteuse no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1957.
- CRUZ, Guilherme Braga da — *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, Tomo I, Braga, Livraria Cruz, 1941.
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de — *Direito das obrigações*, Vol.I, Coimbra, Almedina, 2003.

- GUEDES, António Agostinho Cardoso da Conceição — *A natureza jurídica do direito de preferência*, Coimbra, 1995.
- *O exercício do direito de preferência*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2006.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald — *A parte geral do código civil português*, Coimbra, Almedina, 2014.
- JORGE, Fernando Pessoa — *Direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975/1976.
- LEITÃO, Helder Martins — *Da acção de preferência*, 4.<sup>a</sup> ed., Porto, 2000.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — *Direito das obrigações*, Vol.I, 11.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2013.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes — *Código civil anotado*, Vol.I, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- *Código civil anotado*, Vol.III, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- LOUREIRO, José Pinto — *Em torno da natureza jurídica do direito de preferência*, in BFD, Coimbra, Vol.20, 1944.
- *Manuel dos direitos de preferência*, Vol.I, Coimbra, 1944.
- MARCELINO, Américo — *Da preferência*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MARTINEZ, Pedro Romano — *Direito das obrigações: apontamentos*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, AAFDL, 2004.
- MARTINI, Angelo de — *Adempimento, inadempimento ed esecuzione in forma specifica della promessa di prelazione*, in Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja, III, Bolonha, 1953.
- MARTINS, António Carvalho — *Preferência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- MEIRA, Sílvio — *Instituições de Direito Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo.
- MESQUITA, Manuel Henrique — *Anot. ao Acórdão do STJ de 2 de Março de 1999*, in

- RLJ, Ano 132.º (1999-2000).
- *Anot. ao Acórdão do STJ de 23 de Junho de 1992*, in RLJ, Ano 126.º (1993-1994).
- *Anot. ao Acórdão do STJ de 30 de Outubro de 1980*, in RDES, Ano XXVII.
- *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, Almedina, 1997.
- NUNES, António Rodrigues — *Do pacto de preferência tendo por objecto a venda de imóveis*, in Suplemento ao BFD, Coimbra, 1947.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota — *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 2003.
- *Direitos reais*, Coimbra, Almedina, 2016.
- *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz — *O direito das obrigações em Roma (III Parte)*, in RJ, n.º 21, 1997.
- PRATA, Ana — *Dicionário jurídico*, Vol.I, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, Almedina, 1999.
- PULEO, Salvatore — *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano, Giuffrè, 1959.
- SARAIVA, Amílcar Simão — *O direito de preferência na legislação portuguesa*, in ROA, Ano 9.º, n.º3 e n.º4, 1949.
- SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz — *A Enfiteuse no direito romano, peninsular e português*, Coimbra, 1925.
- *Anot. ao Acórdão do STJ de 19 de Abril de 1979*, in RLJ, Ano 112.º (1979-1989).
- *Obrigações de preferência*, in BMJ, n.º76, 1958.
- TELES, Inocêncio Galvão — *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

VARELA, João de Matos Antunes — *Das obrigações em geral*, Vol.I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2015.

— *Exercício do direito de preferência*, in RLJ, Ano 100.º.