

Luís Miguel Monteiro
Assistente-estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa

DIREITOS E OBRIGAÇÕES LEGAIS DE
PREFERÊNCIA NO NOVO REGIME
JURÍDICO DO ARRENDAMENTO URBANO
(RAU)

LISBOA
1992

Aos meus pais

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ac. - Acórdão

BMJ - Boletim do Ministério da Justiça

C. CIV. - Código Civil

CJ - Colectânea de Jurisprudência

CÓD. NOTARIADO - Código do Notariado

CÓD. REG. PREDIAL - Código do Registo Predial

COL. OF. - Colecção Oficial

CPC - Código de Processo Civil

CSC - Código das Sociedades Comerciais

CTF - Ciência e Técnica Fiscal

DEC. - Decreto

DL - Decreto-Lei

LCCT - Regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato a termo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 64-A/89, de 27 de Fevereiro

LCT - Regime jurídico do contrato individual de trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei nº 49408, de 24 de Novembro de 1969

RAU - Regime do arrendamento urbano, aprovado pelo Decreto-Lei nº 321-B/90, de 15 de Outubro

RDES - Revista de Direito e de Estudos Sociais

REL - Relação (Tribunal da)

RLJ - Revista de Legislação e de Jurisprudência

R. O. A. - Revista da Ordem dos Advogados

REV. TRIB. - Revista dos Tribunais

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

- §1. Noções prévias. Fixação de terminologia.
- §2. Figuras afins da preferência.
- §3. Classificação dos direitos de preferência.

PRIMEIRA PARTE

§1 §4

A RELAÇÃO JURÍDICA DE PREFERÊNCIA

§2 §5
§3

SEGUNDA PARTE

A PREFERÊNCIA NA RELAÇÃO DE ARRENDAMENTO URBANO

CAPÍTULO PRIMEIRO: PARTE GERAL

- §1. Elenco dos direitos de preferência emergentes da relação jurídica de arrendamento.
- §2. Natureza jurídica do direito a novo arrendamento.
- §3. Ratio das preferências legais.

CAPÍTULO SEGUNDO: PREFERÊNCIAS A QUE A QUALIDADE DE ARRENDATÁRIO DÁ LUGAR

- §1. Direito de preferência na compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado. Antecedentes legais.
- §2. Titularidade do direito de preferência.
 - §2.1. Titularidade do direito de preferência (cont.). A questão do subarrendatário.
 - §2.2. Titularidade do direito de preferência (concl.). A alienação a outro preferente.
- §3. Formas de transmissão da propriedade que dão origem à preferência.
 - §3.1. Transmissão de direito real diferente da propriedade.
 - §3.2. Alienação de quotas.
 - §3.3. Alienação do quinhão hereditário.
- §4. Objecto submediato do negócio translativo. O conceito de “local arrendado”.
- §5. Requisitos do direito de preferência. Antiguidade superior a um ano do contrato de arrendamento.
 - §5.1. Requisitos do direito de preferência (cont.). A subsistência do contrato de arrendamento.

CAPÍTULO TERCEIRO: PREFERÊNCIAS A QUE A CONVIVÊNCIA COM O ARRENDATÁRIO E A QUALIDADE DE SUBARRENDATÁRIO DÃO LUGAR

- §1. Direito de preferência na compra do local arrendado. Antecedentes legais.
- §2. Titularidade do direito de preferência.
 - §2.1. Titularidade do direito de preferência (cont.). O arrendatário.
- §3. Transmissão da propriedade do local arrendado.

- §4. Objecto submediato da venda.
- §5. Requisitos do direito de preferência. O direito a novo arrendamento.
 - §5.1. Requisitos do direito de preferência (cont.). A eficácia do subarrendamento.
 - §5.2. Requisitos do direito de preferência (concl.). Pretensão do exercício do direito a novo arrendamento.

CAPÍTULO QUARTO: PREFERÊNCIAS A QUE A QUALIDADE DE SENHORIO DÁ LUGAR

- §1. Direito de preferência no trespasse por venda ou dação em cumprimento do estabelecimento comercial. Antecedentes legais.
 - §1.1. O trespasse do estabelecimento.
 - §1.2. A venda ou dação em cumprimento do estabelecimento.
 - §1.3. A situação posterior ao exercício da preferência.
- §2. Direito de preferência no arrendamento para exercício de profissão liberal.

§1.
NOÇÕES PRÉVIAS. FIXAÇÃO DE TERMINOLOGIA

O direito de preferência “atribui ao respectivo titular prioridade ou primazia na celebração de determinado negócio jurídico, desde que ele manifeste vontade de o realizar nas mesmas condições (tanto por tanto) que foram acordadas entre o sujeito vinculado à preferência e um terceiro”⁽¹⁾. Do lado passivo encontra-se a “obrigação de proporcionar a certa pessoa - com prioridade sobre qualquer outra - a possibilidade de participação em certo contrato que se decida celebrar”⁽²⁾.

Sinónimos de preferência, como “retracto” ou “tanteio” (este traduzindo a ideia de aquisição tanto por tanto) são de utilização corrente. Era usual designar por “direito de opção” a preferência exercida pelo senhorio directo na extinta enfiteuse (podia optar entre continuar a receber o “laudémio” ou o “foro”, consentindo na alienação do domínio útil, ou adquirir este). Durante os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1867 foi deliberada a sua substituição, na linguagem legal, pela expressão “preferência”.

O substantivo “preempção” é empregue para descrever situações de preferência na compra e venda. Com idêntico sentido utilizam determinados autores o termo “prelação”⁽³⁾, ao contrário de quem o faz para descrever a preferência exercida sobre coisas⁽⁴⁾ ou para aludir às figuras emergentes da antiga “avoenga”, como o direito de preferência na alienação do quinhão hereditário (C. Civ., art. 2130º)⁽⁵⁾.

O legislador (CPC, arts. 912º a 915º), designa por “remição” a faculdade, típica da preferência, que permite ao cônjuge, descendentes e ascendentes do executado recuperar bens adjudicados ou vendidos. Este é, aliás, o primeiro dos direitos de preferência (CPC, art. 914º)⁽⁶⁾.

No âmbito do presente estudo, utilizar-se-ão prioritariamente as expressões preferência e, no sentido assinalado, preempção.

Noutro plano, cumpre assinalar o emprego corrente da expressão em análise com o sentido genérico de prioridade ou primazia, abrangendo deste modo situações díspares.

Assim, aparece amiúde como sinónimo de prevalência, designando a primazia de certos direitos sobre outros⁽⁷⁾.

A expressão surge igualmente no Código Civil para exprimir a prioridade na satisfação de determinados créditos (arts. 666º, 686º, 822º e 2070º) e, na mesma sede, é utilizada para apontar critérios de escolha de determinadas pessoas (arts. 2080º, 2081º, 2134º e 2135º). Ainda neste compêndio surgem as “atribuições preferenciais” (epígrafe da Secção que compreende os arts. 2103º-A a C).

O Código das Sociedades Comerciais atribui aos accionistas preferência na subscrição de novas ações ou obrigações (arts. 367º/1 e 458º/1)⁽⁸⁾. Por seu turno, o DL 420/76, de 28.05, referia-se ao “direito de preferência a novo arrendamento” (art. 1º/1)⁽⁹⁾.

§2. FIGURAS AFINS DA PREFERÊNCIA

De entre os diversos institutos próximos da realidade em análise, destacam-se, pela importância e dificuldade na distinção, o Contrato-Promessa unilateral sujeito à condição suspensiva do promitente decidir celebrar o contrato prometido (concretamente, o seu objecto imediato) e a figura da Venda a Retro⁽¹⁰⁾.

Quanto à primeira figura, cumpre salientar que as maiores dificuldades surgem na distinção entre Contrato-Promessa e Pacto de Preferência; os direitos legais de preferência mais dificilmente se confundirão com o objecto daquele contrato⁽¹¹⁾. Por outro lado, há mesmo quem negue a possibilidade de assunção de tal promessa, por não fazer sentido afirmar que alguém se obriga a celebrar certo contrato quando tal dever depende do livre arbítrio de quem se obrigou⁽¹²⁾. No entanto, admitindo a figura, dir-se-á que, enquanto o conteúdo do negócio jurídico prometido é logo definido no contrato-promessa, tornando desnecessárias negociações complementares e, sobretudo, esgotando-se aí a liberdade de estipulação do promitente, as condições contratuais do negócio preferível nunca resultam do próprio direito de preferência, mas antes do acordo entre obrigado à preferência e terceiro interessado⁽¹³⁾.

Quanto à Venda a Retro, regulada nos arts. 927º e ss. do C. Civ., analisa-se num direito de resgate, através da faculdade de resolução do contrato reconhecida ao vendedor. A distinção assenta na constatação de que, enquanto através da preferência se prevê a futura celebração de um contrato, na Venda a Retro se extingue um contrato pré-existente.

§3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DE PREFERÊNCIA

São possíveis diversas classificações de direitos de preferência. No entanto, para o objecto do presente trabalho, a ordenação mais importante é a que parte do critério da respectiva origem. Distinguem-se assim as preferências legais das voluntárias e, nestas, as convencionais, cuja fonte é o contrato (pacto de preferência, na linguagem legal: C. Civ., art. 416º e ss.) e as unilaterais, impostas por vontade do testador (C. Civ., art. 2235º).

Ao direito de preferência convencional pode ser atribuída eficácia real (C. Civ., art. 421º). As preferências legais e as convencionais com eficácia real são habitualmente designadas por “preferências reais”⁽¹⁴⁾. Apenas elas estarão, doravante, em causa, salvo indicação em contrário.

§1. RAZÃO DE ORDEM

A análise da estrutura da preferência permite apreender uma realidade complexa, aconselhando à destrição dos diversos componentes. Assim, considerar-se-ão, tão separadamente quanto possível, o direito de preferir, a correspondente obrigação de dar preferência e a posição do terceiro interessado.

§2.
O DIREITO DE PREFERÊNCIA

No que ao direito de preferência⁽¹⁵⁾ diz respeito, é corrente a sua caracterização como direito potestativo⁽¹⁶⁾. É, contudo, possível decompor a situação que lhe está subjacente em momentos diversos⁽¹⁷⁾:

- em primeiro lugar, encontra-se o direito do preferente à comunicação do projecto de negócio preferível. Trata-se de direito de crédito, na medida em que exige uma prestação do devedor;

- seguidamente, é possível isolar o direito potestativo de fazer nascer, a cargo do obrigado à preferência, o dever de celebrar com o preferente o contrato preferível. O efeito é, aqui, o da aceitação da proposta contratual⁽¹⁸⁾. Neste momento, poderá estar celebrado o contrato definitivo: basta que a comunicação para preferir (validamente formulada: cfr. C. Civ., art. 416º/1) e a aceitação obedeçam à forma prescrita para o negócio preferível⁽¹⁹⁾. Se assim for, o mecanismo analisado tem aqui o seu fim lógico;

- nesta fase, o preferente é titular de direito à celebração do negócio preferível;

- num quarto momento, ocorrendo a violação do direito de preferência pela celebração do contrato preferível com terceiro, o preferente tem o direito potestativo de, mediante declaração de vontade integrada por sentença judicial, se substituir ao adquirente.

Encarado agora na sua natureza, é também usual qualificar o direito de preferência como direito real de aquisição, conferindo ao respectivo titular a faculdade de aquisição de direito sobre a coisa. A eficácia real deste direito⁽²⁰⁾ permite, na realidade, atingir a coisa onde quer que esta se encontre, através da acção de preferência (C. Civ., art. 1410º), que reflecte a sequela⁽²¹⁾ caracterizadora do direito real⁽²²⁾.

Contra esta qualificação insurgiu-se recentemente Henrique Mesquita⁽²³⁾, defendendo que os diversos momentos potestativos da realidade complexa da preferência não consubstanciam direitos reais, pois:

- no momento da aceitação da notificação para preferir, o que surge não é um direito sobre a coisa, objecto da preferência, mas sim uma relação obrigacional;

- no momento em que reage contra a violação do seu direito, o preferente “tem apenas, imediatamente, direitos em relação ao contrato (...) e só mediatamente, já na veste de sujeito ou parte desse contrato, é que adquire a posição real sobre a coisa alienada. O efeito do exercício da preferência, por outras palavras, não é a aquisição de um *ius in re*, mas sim a aquisição da qualidade de parte ou sujeito de determinado contrato”⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾.

§3.
A OBRIGAÇÃO DE PREFERÊNCIA

No lado passivo, o obrigado à preferência vincula-se à prestação de facto jurídico⁽²⁶⁾, escolhendo o preferente, se decidir contratar.

No cumprimento desta obrigação, o devedor comunicará ao preferente o projecto de contrato a celebrar (C. Civ., art. 416^o). A comunicação para preferir deve indicar o preço, os restantes elementos essenciais do contrato e o prazo para exercício do direito de preferência. A identificação do terceiro interessado deverá ocorrer nas situações em que o seu conhecimento se mostre relevante para a decisão do preferente, o que seguramente acontece nas preferências emergentes da propriedade e do arrendamento⁽²⁷⁾.

Esta comunicação deve, pois, referenciar os elementos essenciais do contrato preferível, transmitindo, por outro lado, a vontade séria de contratar do obrigado à preferência. Em suma, a sua natureza é a de verdadeira proposta contratual⁽²⁸⁾, cuja aceitação importará, sem mais, a conclusão do contrato definitivo e a consequente extinção da preferência.

Na realidade, só assim não será se a notificação para preferir - obedecendo ao princípio da liberdade de forma (C. Civ., art. 219^o) - não revestir a forma exigida para o contrato objecto da preferência. Nesse caso, a eventual aceitação do preferente, não podendo significar a conclusão do contrato definitivo, representará a celebração de contrato-promessa ou simples resposta a um convite para contratar⁽²⁹⁾.

A opção por contrato definitivo, promessa de contrato ou meras negociações preliminares depende exclusivamente da forma escolhida pelos sujeitos da relação de preferência para emitirem as respectivas declarações negociais. No entanto, mesmo perante simples negociações preliminares, a tutela da posição dos sujeitos é mais forte que a normalmente assegurada às partes nessa fase da negociação: o preferente dispõe da eficácia real, mas também ele está obrigado a celebrar o contrato⁽³⁰⁾.

A natureza da comunicação para preferir constitui ainda argumento importante na caracterização do dever de preferência. O cerne da questão está em atribuir-lhe conteúdo positivo, vinculando o obrigado a contratar, ou em reconduzi-lo a um *non facere*, traduzido na obrigação de não contratar com terceiro, caso o preferente se apreste a oferecer idênticas condições contratuais⁽³¹⁾.

Parece que só a obrigação positiva explica a emissão de uma proposta contratual, que vincula o devedor à celebração do contrato definitivo⁽³²⁾. Ao contrário, o *non facere* legitimaria a retractação como forma de cumprimento da obrigação, o que o legislador expressamente rejeita (C. Civ., art. 1410^o/2).

Acresce que, a ter a obrigação de preferência conteúdo negativo, o efeito da acção de preferência seria a destruição do contrato e não a substituição do contraente pelo preferente, como acontece (cfr. C. Civ., art. 1410^o/1; CPC, art. 1458^o/4).

Por último, haverá que considerar ainda os argumentos de ordem literal que indiciam uma actuação jurídica⁽³³⁾ e os deveres acessórios que vinculam o obrigado à preferência⁽³⁴⁾.

§4.
A POSIÇÃO DO TERCEIRO INTERESSADO

Um terceiro elemento caracteriza a realidade complexa da preferência. Trata-se da intervenção de um terceiro, interessado no negócio objecto da preferência, cujas negociações com o obrigado à preferência - formalizadas ou não - irão accionar o mecanismo da preferência.

Na realidade, nada impede que o obrigado à preferência interpele directamente o preferente, propondo a celebração do negócio preferível, sem ter ajustado com um terceiro quaisquer condições. No entanto, esta situação, comum à celebração de qualquer contrato, não consubstancia notificação para preferir, mas vulgar proposta contratual⁽³⁵⁾.

Se o obrigado à preferência realizar com terceiro o negócio definitivo sem ter notificado o preferente, o direito daquele terceiro surge, assim, oposto ao do preferente. Esta oposição não importa, no entanto, a invalidade do direito do adquirente⁽³⁶⁾, sujeito, porém, a condição resolutiva⁽³⁷⁾.

§5.
PUBLICIDADE

A publicidade dos direitos legais de preferência está assegurada pela própria fonte, pelo que estes produzem efeitos *erga omnes* independentemente de registo. Este é já condição da oponibilidade a terceiros da preferência convencional [Cód. Civ., art. 421º; Cód. Reg. Predial, arts. 2º/1, al. f) e 95º/1, al. e)].

SEGUNDA PARTE
A PREFERÊNCIA NA RELAÇÃO DE ARRENDAMENTO URBANO

CAPÍTULO PRIMEIRO
PARTE GERAL

- §1. Elenco dos direitos de preferência emergentes da relação jurídica de arrendamento.
- §2. Natureza jurídica do direito a novo arrendamento.
- §3. Ratio das preferências legais

§1.
ELENCO DOS DIREITOS DE PREFERÊNCIA EMERGENTES DA RELAÇÃO
JURÍDICA DE ARRENDAMENTO

No âmbito da relação de arrendamento, diversos são os direitos de preferência instituídos por lei⁽³⁸⁾. Assim, no arrendamento rural prevêm-se as preferências do arrendatário rural - que o seja há mais de três anos - na venda ou dação em cumprimento do prédio rústico arrendado [DL 385/88, de 25.10, art. 28º] e do arrendatário florestal na venda ou dação em cumprimento do prédio objecto de arrendamento florestal [DL 394/88, de 08.11, art. 24º/1].

No arrendamento urbano são legalmente previstos os seguintes direitos de preferência:

- do arrendatário, que o seja há mais de um ano, na venda ou dação em cumprimento do local arrendado (RAU, art. 47º);
- dos conviventes com o arrendatário, que o sejam há mais de cinco anos, na compra do local arrendado (RAU, art. 97º);
- do subarrendatário, na compra do local arrendado (RAU, art. 97º);
- do senhorio no trespasse, por venda ou dação em cumprimento, do estabelecimento comercial (RAU, art. 116º);
- do senhorio no trespasse do local arrendado? na cessão da posição contratual do arrendatário?⁽³⁹⁾, por venda ou dação em cumprimento (RAU, art. 117º).

§2.
NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO A NOVO ARRENDAMENTO

A natureza de outro direito, emergente da relação de arrendamento urbano, foi largamente discutida, mas a problemática parece definitivamente ultrapassada, face aos novos dados normativos. Em causa estava a figura prevista no DL 420/76, de 28.05⁽⁴⁰⁾, cujo art. 1º/1 veio atribuir a determinados sujeitos o “direito de preferência relativamente a novo contrato de arrendamento para habitação, no caso de caducidade do anterior por morte do respectivo titular”. A dúvida residia na qualificação da situação como preferência em sentido técnico ou como obrigação legal de contratar imposta ao senhorio, vinculando-o ainda que pretendesse utilizar o imóvel para fim diferente.

A jurisprudência dividiu-se; a doutrina inclinou-se maioritariamente para qualificar a situação como obrigação legal de contratar⁽⁴¹⁾. O DL 328/81, de 04.12, que revogou o diploma de 1976, passou a falar em “direito a novo arrendamento” (art. 3º), o que reforçou o segundo entendimento referido. O Assento de 16.10.84 (publicado em 17.12 desse ano) fixou tal orientação, que permaneceu actual à luz dos dados normativos da Lei 46/85, de 20.09, que revogou o DL 328/81⁽⁴²⁾.

O RAU distingue claramente as duas situações, traçando a fronteira entre o que é

preferência no sentido técnico descrito e a primazia ou prioridade na contratação, independentemente do requisito de paridade de condições que caracteriza aquele instituto. A questão parece, assim, definitivamente ultrapassada.

§3. RATIO DAS PREFERÊNCIAS LEGAIS

A determinação da ratio dos direitos de preferência assume particular importância pelas aplicações que permite em sede de interpretação⁽⁴³⁾. Assim, autonomizam-se três objectivos subjacentes às preferências legais em vigor no âmbito da relação de arrendamento urbano:

- extinção de situações que não são as mais consentâneas com a boa exploração económica dos bens, proporcionando o acesso à propriedade a quem já frue os bens ao abrigo de direito de gozo tendencialmente duradouro⁽⁴⁴⁾ (preferências reconhecidas aos que vivem no imóvel arrendado) ou eliminando situações jurídicas que desvalorizam a propriedade (direitos de preferência do senhorio)⁽⁴⁵⁾;

- solução de conflitos de direitos reais (qualificando-se como real o direito do arrendatário)⁽⁴⁶⁾;

- prossecução da directiva constitucional de adopção de política de acesso a habitação própria (Constituição, art. 65º/2)⁽⁴⁷⁾;

- no arrendamento comercial, reconhecimento do aumento de valor que a actividade do arrendatário pode ter dado ao prédio⁽⁴⁸⁾.

CAPÍTULO SEGUNDO PREFERÊNCIAS A QUE A QUALIDADE DE ARRENDATÁRIO DÁ LUGAR

§1. Direito de preferência na compra e venda ou dação em cumprimento do local arrendado. Antecedentes legais.

§2. Titularidade do direito de preferência.

§2.1. Titularidade do direito de preferência (cont.). A questão do subarrendatário.

§2.2. Titularidade do direito de preferência (concl.). A alienação a outro preferente.

§3. Formas de transmissão da propriedade que dão origem à preferência.

§3.1. Transmissão de direito real diferente da propriedade.

§3.2. Alienação de quotas.

§3.3. Alienação do quinhão hereditário.

§4. Objecto sub-mediato do negócio translativo. O conceito de "local arrendado".

§5. Requisitos do direito de preferência. Antiguidade superior a um ano do contrato de arrendamento.

§5.1. Requisitos do direito de preferência (cont.). A subsistência do contrato de arrendamento.

§1.
DIREITO DE PREFERÊNCIA NA COMPRA E VENDA
OU DAÇÃO EM CUMPRIMENTO DO LOCAL
ARRENDADO. ANTECEDENTES LEGAIS

Descrevendo os direitos de preferência a que a entidade de arrendatário dá lugar, encontra-se a preferência na transmissão da propriedade do prédio urbano (RAU, arts. 47º a 49º).

No arrendamento para comércio e indústria, a preferência na venda foi pela primeira vez prevista na Lei nº 1662, de 04.09.1924, no art. 11º. O art. 66º/1 da Lei nº 2030, de 22.06.1948, continuou a consagrá-la, com a inovação de a estender aos casos de dação em cumprimento e exigindo o exercício da actividade no local arrendado pelo período mínimo de um no. Todas estas soluções seriam acolhidas no Cód. Civil (artº 1117º).

Apenas com a Lei nº 2030º, no já referido artº 66º, foi consagrado idêntico direito de preferência nos arrendamentos para o exercício de profissão liberal. No entanto, porque o Dec. 5411 (artº 52º, § único) equiparava a estes os arrendamentos para comércio e indústria, a jurisprudência reconhecia já aquela preferência, apesar do silêncio da Lei nº 1662(49). A matéria surge depois no art. 1119º do Cód. Civ.

Nos arrendamentos para habitação, idêntica preferência era prevista no art. 16º do projecto que Sá Carneiro preparou para a futura Lei nº 2030º. Contudo, a figura foi vetada pela Câmara Corporativa, que a considerou um entrave ao comércio jurídico e uma grave restrição ao direito de propriedade, além de considerar a natureza real deste direito dificilmente compatível com o carácter marcadamente obrigacional do contrato donde emerge. Só a Lei nº 63/77, de 25.08, veio, por fim, consagrar tal direito.

Sistematizando, o direito de preferência na venda ou dação em cumprimento do local arrendado é reconhecido ao arrendatário de imóvel para habitação, comércio, indústria e exercício de profissão liberal e aos titulares de todos os outros arrendamentos que tenham como fim uma aplicação lícita do prédio (RAU, art. 3º/1), excluindo os arrendamentos previstos no art. 5º/2 do RAU (cfr. arts. 5º e 6º/1).

§2
TITULARIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

São titulares deste direito o arrendatário e aqueles a quem tiver sido transmitida a sua posição contratual, por força de lei (RAU, arts. 84º, 85º e 112º) ou convenção [válida e eficaz relativamente ao senhorio: cfr. C. Civ., artº 1038º/f) e g); RAU, art. 64º/1, f)]. Cada arrendatário é o único titular do direito legal de preferência, podendo invocá-lo em juízo por si só, sem necessidade de coligação ou de prévio apuramento de situação singular⁽⁵⁰⁾.

§2.1
TITULARIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA
(CONT.). A QUESTÃO DO SUBARRENDATÁRIO

Há ainda que considerar a posição do subarrendatário: será ele também titular deste direito?

Pinto Furtado⁽⁵¹⁾ e Pires de Lima/Antunes Varela⁽⁵²⁾ respondem afirmativamente, bem como Pinto Loureiro, que reserva mesmo esse direito para os subarrendatários, pois o que a lei pretende é a continuidade de permanência no prédio, seja quem for a pessoa em causa⁽⁵³⁾. Vieira Miller equipara os arrendatários aos subarrendatários para concluir que o direito de preferência deve ser atribuído a quem estiver em condições de o exercer ("há mais de um ano", na expressão do art. 1117º do Cód. Civ.). Assim, se o subarrendamento for total, o titular do direito de preferência será o subarrendatário; se for parcial, a questão resolver-se-á, nos termos gerais, através de licitação⁽⁵⁴⁾. Importante é, ainda, a indicação jurisprudencial de que "o arrendatário-locador não goza do direito de preferência se o comprador é o sublocatário"⁽⁵⁵⁾.

Não parece ser esta, no entanto, a melhor interpretação⁽⁵⁶⁾. Na verdade, arrendatário e subarrendatário não são a mesma coisa; a lei distingue-os claramente quando a eles se refere (cfr. RAU, arts. 44º/2 e 46º). No art. 47º só surge o arrendatário, devendo o intérprete presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento nos termos mais adequados (Cód. Civ., art. 9º/3), a que acresce a unidade do sistema jurídico (Cód. Civ., art. 9º/1) como elemento da tarefa interpretativa...

Por outro lado, o exercício efectivo da actividade não é mais condição do direito de preferência⁽⁵⁷⁾ - o que daria alguma razão à atribuição deste direito a quem utilizasse o local arrendado - que depende agora, apenas, da duração do contrato.

Acresce que o legislador determina de forma rigorosa a situação em que o subarrendatário beneficia de direito de preferência, o que acontece em situação diferente (cfr. RAU, arts. 97º e 90º).

Por último, as normas legais que consagram direitos de preferência são excepcionais⁽⁵⁸⁾, na medida em que constituem limitações à livre disponibilidade dos bens, como tal não admitindo aplicação analógica (Cód. Civ., art. 11º). A conclusão parece, pois, impor-se: o subarrendatário, ainda que total, não beneficia do direito de preferência consagrado no art. 47º do RAU.

§2.2.
TITULARIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA
(concl.). A ALIENAÇÃO A OUTRO PREFERENTE

Questão já por diversas vezes submetida à apreciação dos tribunais portugueses, respeita ao exercício da preferência na aquisição por outro titular do mesmo direito (no caso, outro arrendatário).

O problema tem solução legal expressa noutros direitos de preferência (C. Civ., arts. 1380º/1, 1409º/1 e 2130º/1), o que não acontece em sede de relação locatícia.

Cumpra examinar os argumentos utilizados para justificar a invocabilidade do direito de preferência apenas perante alienações⁽⁵⁹⁾ a estranhos⁽⁶⁰⁾:

- não há prioridade a respeitar entre os vários arrendatários do mesmo prédio, ao contrário do que acontecia no art. 1117º do C. Civ., o que permite concluir que o interesse do legislador é, apenas, tornar p'roprietário um dos locatários;

- noutras situações em que a norma legal não contém critério de prioridade entre os diversos titulares, a preferência só existe na alienação a estranhos;

- com a alienação a um dos preferentes preenche-se o fim visado com a criação da figura (o acesso a habitação própria), não fazendo sentido limitar a liberdade de disposição para promover situação qualitativamente idêntica à que já resulta da negociação entre as partes;

- admitir a licitações após a transmissão do prédio a um dos arrendatários seria favorecer o senhorio em detrimento do arrendatário adquirente.

Reconhecendo embora o peso e a pertinência dos argumentos reproduzidos, não se sufraga a orientação referida⁽⁶¹⁾.

Na verdade, não se verifica ausência de hierarquização dos direitos de preferência, mas apenas substituição do critério fundado no valor das rendas pelo mecanismo de licitação, julgado preferível por assegurar, em igualdade de condições, efectivo exercício do direito por parte de todos os seus titulares. A opção legal é, aliás, a mais razoável em face da realidade locatícia no nosso país, onde o montante das rendas é, regra geral, determinado, não pelo valor no local arrendado, mas pela antiguidade do arrendamento, o que conduziria - de acordo com o critério do art. 1117º do C. Civ. - a dar preferências aos arrendatários mais recentes, aqueles, portanto, que menor ligação têm como o imóvel (frustrando, assim, o espírito do objectivo constitucional subjacente à criação da preferência no arrendamento habitacional).

Não é, pois, correcto afirmar que a norma legal não contém critério de prioridade entre os diversos titulares: o critério é o da licitação. e sendo-o, a falta de alusão à "venda a estranhos" significa que, para o legislador, todas as alienações, qualquer seja o adquirente, despoletam o mecanismo da preferência⁽⁶²⁾.

Não se vê, de resto, porque falar em favorecimentos do senhorio em detrimento dos arrendatários: se estes licitam, há que presumir que o montante dos lances corresponde ao valor do imóvel. De resto, se algum faz subir artificialmente o preço sem depois o pagar, o direito devolve-se ao autor do lance imediatamente inferior, podendo até - se nenhum dos outros arrendatários tiver licitado ou pago o valor do respectivo lance - o imóvel ser alienado pelo preço inicialmente acordado entre senhorio e arrendatário⁽⁶³⁾.

Conclui-se, assim, que a venda a arrendatário-preferente não preclui o direito de preferência dos outros arrendatários, sendo o direito adjudicado por licitação⁽⁶⁴⁾.

FORMAS DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE QUE DÃO ORIGEM À PREFERÊNCIA

O direito de preferência existe apenas perante o contrato de compra e venda e a dação em cumprimento. Ao referir estas duas formas de transmissão da propriedade, o legislador retira credibilidade a qualquer tentativa de atribuir ao vocábulo "venda" um sentido amplo, identificando-o com todas as alienações a título oneroso⁽⁶⁵⁾.

Pelas razões já aduzidas, parece também de recusar a extensão a outro tipo de negócios jurídicos, como o escambo, cujo objecto é uma ou várias coisas fungíveis⁽⁶⁶⁾.

Por comodidade e em princípio, falar-se-á apenas em compra e venda, devendo a referência entender-se como extensiva à dação em cumprimento.

§3.1.

TRANSMISSÃO DE DIREITO REAL DIFERENTE DA PROPRIEDADE

Ao aludir à compra e venda e à dação em cumprimento do local arrendado, a lei parece supor uma transmissão do direito de propriedade sobre o imóvel. Na verdade, embora também outros direitos reais possam ser vendidos ou dados em cumprimento (cfr. C. Civ., arts. 874º, 837º e 838º), a expressão "venda da coisa" tem o sentido de transmissão da propriedade desta (por ex., C. Civ., arts. 875º e 876º/1)⁽⁶⁷⁾.

Assim, o trespasse do usufruto (C. Civ., artº 1444º)⁽⁶⁸⁾ sobre o imóvel locado não permite o exercício do direito de preferência⁽⁶⁹⁾. Já a venda ou dação em cumprimento da propriedade, reservando o alienante o usufruto, é situação abrangida pela preferência do arrendatário⁽⁷⁰⁾.

Contra a solução preconizada sempre se poderá apontar o esvaziamento do direito de preferência que permite; pense-se, por exemplo, na venda do usufruto acompanhada de doação da nua propriedade. Contudo, esta inviabilização da preferência é inevitável face aos próprios limites legais deste direito. Por outro lado, se a intenção de alienante e adquirente for, apenas, a de prejudicar o direito dos preferentes, estes sempre poderão invocar os institutos da simulação e fraude à lei como forma de atacar o acto de alienação.

§3.2.

ALIENAÇÃO DE QUOTAS

Outra questão suscitada pela transmissão da propriedade do local arrendado diz respeito à venda de parte do direito de propriedade.

Duas hipóteses são configuráveis⁽⁷¹⁾:

- o imóvel encontra-se em regime de compropriedade e um dos consortes transmite a sua quota;

- o proprietário pleno vende uma quota do seu direito.

Terá o arrendatário direito de preferência nestas alienações?

Os argumentos para uma resposta negativa podem encontrar-se na própria letra de lei, que se refere ao prédio e não a uma quota do direito de propriedade sobre este, a que se junta a proibição de analogia resultante da já referida natureza excepcional da norma⁽⁷²⁾. Por outro lado, a ser admitida a preferência, não só os objectivos subjacentes a este instituto não seriam cumpridos, como se agravariam os conflitos em resultado da criação ou subsistência de situação de compropriedade, agora com um estranho.

Em sentido contrário se pronuncia, no entanto, outra jurisprudência⁽⁷³⁾ e parte importante da doutrina⁽⁷⁴⁾, defendendo, em tese geral, o exercício do direito de preferência sobre a transmissão de partes alíquotas do direito de propriedade.

Na verdade, a referência legal à compra do local arrendado - leia-se compra do direito de propriedade - pode compreender a aquisição de quota deste direito, por força da qualificação legal do consorte como proprietário (cfr. C. Civ., art. 1403º/1). Por outro lado, entre a venda total do direito de propriedade e a alienação de quota deste, a diferença é meramente quantitativa. Além disso, o facto de a lei afirmar a supremacia da preferência do comproprietário (que, por definição, só existe na venda de quota) demonstra que os outros preferentes legais estão também aptos a exercer o seu direito nessa circunstância. Por último, a negação do direito de preferência constituiria modo demasiado fácil e, na prática, inatácvel de o inviabilizar de todo, desvirtuando por completo o objectivo que presidiu à sua consagração legal.

§3.3.

ALIENAÇÃO DO QUINHÃO HEREDITÁRIO

Uma outra situação, parente da acima descrita, cumpre analisar. Trata-se da alienação, pelo co-titular de herança indivisa de que o prédio faz parte, do seu direito e acção àquela herança. A questão idêntica atrás formulada tem-se respondido de forma negativa, com o argumento de que, nesta situação, não se vende o prédio (ou parte deste), mas um direito sobre a herança, que só com a partilha se concretiza em bens determinados, de que, eventualmente, não fará parte o prédio arrendado⁽⁷⁵⁾.

Esta petição de princípio, correcta na sua abstracção, pode ser afastada pela consideração da materialidade subjacente à situação de facto. Na verdade, a alienação de herança exclusivamente constituída pelo imóvel arrendado equivale à venda do imóvel, sendo gritante injustiça negar a respectiva preferência com base na diferença teórica entre "herança" e "prédio"⁽⁷⁶⁾.

§4.
OBJECTO SUBMETIDO DO NEGÓCIO TRANSLATIVO. O CONCEITO DE "LOCAL ARRENDADO"

O objecto submediato da venda ou dação em cumprimento é, na expressão da lei, o "local arrendado" (RAU, art. 47º), o que permite pensar em prédio urbano e fracção autónoma de prédio urbano em regime de propriedade horizontal⁽⁷⁷⁾.

A questão foi debatida face aos dados normativos anteriores que se referiam a "imóvel urbano" (Lei nº 63/77, art. 1º) e a "prédio arrendado" (Cód. Civ., art. 1117º).

Era maioritário o entendimento de que o locatário de cada fracção autónoma tinha direito de preferência limitado à aquisição da sua fracção⁽⁷⁸⁾. Não existindo propriedade horizontal, ou todos os locatários se punham de acordo e preferiam em conjunto⁽⁷⁹⁾, ou, na falta de coligação, só um preferiria, sendo escolhido por licitação (Lei nº 63/77) ou por ordem decrescente de rendas (Cód. Civil, art. 1117º)⁽⁸⁰⁾. Neste último caso, bem como na eventualidade de existir um só inquilino no prédio, o exercício do direito de preferência incidiria sobre todo o prédio, embora a locação pudesse ter como objecto apenas parte desta⁽⁸¹⁾.

O novo regime jurídico refere-se ao "local arrendado" (RAU, art. 47º). A expressão legal parece harmonizar-se de modo mais correcto com um princípio subjacente ao direito de preferência: o de que este instituto "incide sobre o objecto do direito preexistente que o justifica"⁽⁸²⁾, resultando na rigorosa articulação entre "local arrendado" e direito de preferência.

A alteração da linguagem legal, confirmando o direito de preempção do arrendatário de fracção autónoma na alienação desta, determinaria assim que a preferência na venda de todo o imóvel só existiria quando todo ele estivesse arrendado ao preferente⁽⁸³⁾.

Não se perfilha esta interpretação.

Por um lado, o argumento literal referido não é determinante, pois a lei continua a falar em "prédio urbano" e "fracção autónoma" (cfr. RAU, art. 47º), não se vendo, assim, que a alteração linguística seja tão significativa.

Por outro lado, a lei, ao criar o mecanismo da licitação, pressupõe que o exercício do direito de preferência abrange todo o prédio, apesar de diversos locatários o ocuparem. Se cada um dos arrendatários fosse admitido a preferir só quanto à parte que arrenda (ou, perante a impossibilidade de autonomização jurídica desta, se o exercício deste direito fosse impossível⁽⁸⁴⁾, não haveria que escolher um preferente através de licitação.

Seguindo idêntica linha de raciocínio, se existir apenas um arrendatário, ocupando parte do prédio, e todo este for alienado, o seu direito de preferência abrangerá igualmente todo o imóvel.

Em suma, o quadro de soluções propiciado pelo anterior regime jurídico parece, neste âmbito, transponível para o novo regime.

§5.

REQUISITOS DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. ANTIGUIDADE SUPERIOR A UM ANO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO

O primeiro dos requisitos⁽⁸⁵⁾ do direito de preferência do arrendatário na compra e venda ou na dação em cumprimento do local arrendado, traduz-se na titularidade de contrato de arrendamento com antiguidade mínima superior a um ano. Antiguidade do contrato e não do seu titular, como resulta da referência ao “local arrendado” (RAU, art. 47º). Assim, a contagem do prazo não se interrompe com eventuais modificações contratuais subjectivas.

O legislador abandonou - para os arrendamentos para comércio, indústria e exercício de profissão liberal - a exigência da efectividade na prossecução, por período superior a um ano, do fim do arrendamento (C. Civ., art. 1117º/1), substituindo-a pela antiguidade do contrato, que não existia em sede de arrendamento para habitação (Lei nº 63/77, art. 1º).

O prazo deve contar-se da data da celebração do contrato, que dele deve constar [cfr. RAU, art. 8º/1, d)].

§5.1.

REQUISITOS DO DIREITO DE PREFERÊNCIA (cont.). A SUBSISTÊNCIA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO

A última das condições legais deste direito de preferência é a subsistência do arrendamento. A norma legal refere-se a arrendatário e a local arrendado, fazendo simplesmente apelo a um contrato de arrendamento válido e eficaz no momento da alienação. Há que ponderar, no entanto, da eventual influência das causas de resolução do contrato entretanto verificadas.

A este propósito - e perante dados legislativos que não sofreram alteração significativa⁽⁸⁶⁾ - afirmou-se a prejudicialidade, para a acção de preferência, das causas resolutivas do arrendamento anteriores à celebração do negócio preferível⁽⁸⁷⁾. Não se subscreve tal entendimento⁽⁸⁸⁾.

A solução do problema passa pela análise da figura da resolução do contrato de arrendamento. Esta não opera retroactivamente (C. Civ., art. 434º/2)⁽⁸⁹⁾ e, em caso de incumprimento por parte do arrendatário, só pode ser decretada pelo tribunal (RAU, art. 63º). Assim, a conclusão impõe-se: o arrendatário só deixa de o ser a partir do trânsito em julgado da sentença que resolve o contrato.

Logo, atribuindo a lei o direito de preferência ao “arrendatário” e tendo-se por certo que aquele direito surge no momento da alienação, qualquer venda anterior à cessação do contrato de arrendamento dará lugar ao exercício da preferência.

Não se vê como atribuir qualquer relevância impeditiva da preferência às causas de resolução verificadas antes da venda do prédio, já que, só por si, em nada afectam a

subsistência da locação.

Esta conclusão conhece, no entanto, uma exceção: a de ter sido interposta acção de despejo, ainda sem sentença no momento em que se celebra o contrato preferível. Neste caso, a intervenção do princípio segundo o qual a necessidade de recorrer a processo judicial não deve prejudicar quem é titular do direito, determina a paralisação do direito de preferência e a suspensão da instância na eventual acção de preferência entretanto instaurada. Se o despejo for ordenado, o direito de preferência estará definitivamente precluído; caso contrário, a acção de preferência prosseguirá.

CAPÍTULO TERCEIRO PREFERÊNCIAS A QUE A CONVIVÊNCIA COM O ARRENDATÁRIO E A QUALIDADE DE SUBARRENDATÁRIO DÃO LUGAR

§1. Direito de preferência na compra do local arrendado. Antecedentes legais.

§2. Titularidade do direito de preferência.

§2.1. Titularidade do direito de preferência (cont.). O arrendatário.

§3. Transmissão da propriedade do local arrendado.

§4. Objecto sub-mediato da venda.

§5. Requisitos do direito de preferência. O direito a novo arrendamento.

§5.1. Requisitos do direito de preferência (cont.). A eficácia do subarrendamento.

§5.2. Requisitos do direito de preferência (concl.). Pretensão do exercício do direito a novo arrendamento.

§1.

DIREITO DE PREFERÊNCIA NA COMPRA DO LOCAL ARRENDADO. ANTECEDENTES LEGAIS.

Cumpre agora analisar a preferência a que a qualidade de subarrendatário e a situação de convivente com o arrendatário dão lugar. Trata-se do direito de preferência na transmissão da propriedade do prédio urbano arrendado para habitação (RAU, art. 97º).

Os antecedentes legais deste direito podem encontrar-se nos arts. 6º do DL 328/81, de 04.12 e 30º da Lei nº 46/85, de 20.09, respectivamente para o subarrendatário e para os conviventes com o arrendatário.

A preferência existe apenas no arrendamento para habitação, excluindo o de duração limitada (RAU, art. 99º/2) e o não vinculístico (RAU, art. 6º/1).

§2.

TITULARIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Além dos subarrendatários, a lei reconhece este direito de preferência aos conviventes com o arrendatário.

Contudo, nem todos os que vivem com o arrendatário em economia comum

beneficiam da preferência (cfr. RAU, arts. 97º/1, 90º/1, a) e 76º/1 e 2). Dela é excluído o cônjuge do arrendatário (RAU, arts. 97º e 90º), que não é parente (C.Civ., art. 1578º) nem afim (C. Civ., art. 1584º), mas relativamente ao qual há obrigação de convivência (C. Civ., art. 1672º).

§2.1.

TTULARIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA (cont.). O ARRENDATÁRIO

A lei atribui a titularidade deste direito apenas às pessoas referidas no art. 90º do RAU, estabelecendo, porém, estreita conexão entre direito de preferência e direito a novo arrendamento.

Ora, o direito à celebração de novo contrato de arrendamento é ainda reconhecido numa situação não referida naquele art. 90º: a do arrendatário habitacional cujo contrato caducou por ter cessado o direito ou findarem os poderes legais de administração com base nos quais o contrato foi celebrado [RAU, art. 66º/2; C. Civ., art. 1051º/1, c)]. Assim, se o contrato de arrendamento caducar na situação prevista neste art. 1051º, pode acontecer que o senhorio se oponha à pretensão do arrendatário de celebrar novo contrato de arrendamento, declarando pretender vender o imóvel. Tem o arrendatário preferência neste contrato?⁽⁹⁰⁾

A resposta é afirmativa.

Na verdade, a remissão do art. 97º para o art. 90º não é subjectiva, mas sim objectiva, isto é, referida ao direito e não às pessoas. A preferência surge em resultado da inexigibilidade da obrigação de arrendar, o que a torna, nesta medida, autónoma face aos seus diversos titulares. Em suma, o legislador disse menos do que queria.

Por outro lado, sendo este direito de preferência uma forma de possibilitar a aquisição do direito de propriedade a quem já usa o bem, cumprindo o objectivo constitucional de acesso a habitação própria⁽⁹¹⁾, há que reconhecer que, nesta perspectiva, as situações dos arts. 66º e 90º são exactamente idênticas e dignas da mesma protecção. Acresce, ainda, que o arrendatário ocupava a casa com base num acordo de vontades com o próprio senhorio, o que não acontecia com as pessoas referidas no art. 90º/a), parecendo incorrecto dar-se prevalência à situação não contratual.

Conclui-se, pois, que, caducando o contrato de arrendamento em virtude da ocorrência de qualquer das circunstâncias previstas no art. 1051º/1, c) do C. Civ., a intenção de venda do prédio obsta ao exercício do direito a novo arrendamento pelo ex-arrendatário, mas faz surgir, na sua esfera jurídica, o direito de preferência naquela compra e venda. Havendo pluralidade de titulares, a hierarquização dos respectivos direitos far-se-á através dos critérios fixados no art. 90º, com as necessárias adaptações.

§3.

TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DO LOCAL ARRENDADO

A norma legal refere apenas a “compra”⁽⁹²⁾ como causa da preferência, não

mencionando a dação em cumprimento. A omissão justifica-se, já que esta preempção existe apenas quando o senhorio invoca a intenção de venda do local arrendado para obstar ao direito a novo arrendamento [RAU, arts. 97º/2, 90º/1 e 93º/a)], permitindo concluir que o propósito de dação em cumprimento do prédio não o exime da obrigação de arrendar⁽⁹³⁾.

Aliás, por força do regime legal deste direito de preferência, as questões relativas à transmissão da propriedade do local arrendado são suscitadas pela apreciação do direito a novo arrendamento e não, autonomamente, pelo direito de preferência na compra. Isto significa que a determinação das formas de alienação da propriedade do imóvel que dão origem à preferência está feita desde que se afastou, em idênticas circunstâncias, o direito ao arrendamento.

Feita esta prevenção, parece possível transpor para este direito de preferência o que, na preempção do arrendatário, foi dito a propósito da transmissão de outro direito real que não o de propriedade e da alienação de quotas e quinhões hereditários⁽⁹³⁾.

A análise do regime legal permite, no entanto, detectar um problema específico desta preempção. Ao afirmar que “o senhorio pode recusar o novo arrendamento quando pretenda vender o prédio ou a fracção arrendada” [RAU, art. 93º/a)], a norma legal pressupõe que o senhorio é o proprietário do prédio, o que pode não acontecer. *Quid Juris* quanto às alienações feitas quando senhorio e proprietário não coincidem?

Ao remeter para o concluído a propósito da preferência do arrendatário, considerou-se válida a afirmação, então feita, de que apenas a transmissão da propriedade desencadeava o exercício do direito de preferência. Significa isto que a transmissão, pelo senhorio não proprietário, do direito com base no qual foi celebrado o contrato de arrendamento não impede o direito a novo arrendamento e, como tal, não dá lugar a qualquer preferência na sua aquisição. O adquirente do direito ficará, pois, obrigado a arrendar (C. Civ., art. 1057º).

Logo, haverá que analisar apenas a venda feita por proprietário não senhorio: obstará ao direito a novo arrendamento e, como tal, desencadeará o direito de preferência?

A resposta é negativa.

Na verdade, a atribuição deste direito de preferência visa eliminar a limitação do direito de propriedade imposta pelo arrendamento, permitindo uma alienação do imóvel - ao arrendatário ou a terceiro, caso aquele não prefira - livre de quaisquer ónus e, sobretudo, acompanhada do gozo pleno da coisa por parte do novo proprietário. Tal não acontece na situação atrás configurada, em que o direito do senhorio subsiste, eventualmente acompanhado do gozo da coisa (por exemplo, se este for usufrutuário). Acresce que a solução contrária suscitaria problemas de diversa ordem, particularmente no que diz respeito à obrigação do proprietário notificar o arrendatário, cuja identidade é natural que desconheça.

Conclui-se, assim, pela interpretação literal da norma constante do art. 93º do RAU, pelo que apenas o projecto de venda do imóvel pelo proprietário-senhorio, obstando ao direito a novo arrendamento, desencadeia o direito de preferência na compra do local arrendado de que são titulares os indivíduos referidos no art. 90º.

§4
OBJECTO SUB-MEDIATO DA VENDA

A questão que a este propósito se coloca e que, basicamente, diz respeito ao conceito de local arrendado, foi já objecto de análise em sede de preferência do arrendatário. Para lá se remete.

A única diferença a assinalar reside no facto de, aqui, os conflitos de preferência serem dirimidos através dos critérios do art. 90º do RAU (cfr. art. 97º/1) e não através de licitação.

§5.
REQUISITOS DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. O DIREITO A NOVO
ARRENDAMENTO

Reflectindo sobre os requisitos deste direito de preferência, é possível isolar, desde logo, o direito a novo arrendamento.

Este surge face à caducidade do contrato por morte do arrendatário [C. Civ., art. 1051º/1, d); RAU, art. 66º/1]⁽⁹⁵⁾ ou por ter cessado o direito ou findarem os poderes legais de administração com base nos quais o senhorio celebrou o contrato [C. Civ., art. 1051º/1, c); RAU, art. 66º/2].

Os titulares deste direito coincidem com os do respectivo direito de preferência, a saber: conviventes com o arrendatário há mais de cinco anos e subarrendatários⁽⁹⁶⁾.

§5.1.
REQUISITOS DO DIREITO DE PREFERÊNCIA (cont.). A EFICÁCIA DO
SUBARRENDAMENTO

Para propiciar a aquisição deste direito a contratar, o subarrendamento tem de ser eficaz. Eficácia é aqui empregue em sentido amplo, como característica do negócio que produz “os efeitos que dele são próprios e que eram pretendidos pelas partes”⁽⁹⁷⁾. Exige-se, por isso, um contrato:

- lícito, porque autorizado ou reconhecido pelo senhorio e permitido por lei (C. Civ., arts. 1038º/f), 1049º e 1061º; RAU, art. 44º), que respeite os limites legais de renda (C. Civ., art. 1062º);

- formalmente válido. A lei do arrendamento não determina forma especial para o subarrendamento (cfr. C. Civ., arts. 1029º e 1060º; RAU, arts. 44º a 46º), havendo no entanto que considerar as normas do C. Notariado que impõem a obrigatoriedade de escritura pública para a celebração destes contratos quando o fim seja o exercício de comércio, indústria ou profissão liberal [art. 89º/k]. Nos restantes casos, a regra será a da liberdade de forma (C. Civ., art. 219º)⁽⁹⁸⁾. Importa, pois, não confundir a forma do contrato com a da autorização do senhorio (RAU, art. 44º/1);

- eficaz, porque notificado ao senhorio no prazo de quinze dias a contar da sua celebração [C. Civ., arts. 1038º/g), 1049º e 1061º].

§5.2. REQUISITOS DO DIREITO DE PREFERÊNCIA (concl.). PRETENSÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO A NOVO ARRENDAMENTO

O segundo requisito deste direito é a declaração de exercício do direito a novo arrendamento por parte do seu titular (RAU, art. 94º), verificada que esteja, no caso concreto, a inaplicabilidade da excepção prevista no art. 91º do mesmo diploma.

O senhorio opor-se-á a esta pretensão, recusando, dentro do prazo legal (RAU, art. 94º/3), a celebração do contrato e manifestando a intenção de vender o imóvel.

Em princípio, esta declaração será acompanhada da comunicação das condições de venda e do oferecimento de preferência, o que não é, no entanto, obrigatório, pois o proprietário dispõe de um ano para concretizar a venda (RAU, art. 96º/2). De referir que não há risco de caducidade do direito de preferência (C. Civ., art. 416º/2), pois a contagem do prazo só se inicia com o conhecimento, pelo preferente, das condições essenciais da pretendida alienação (C. Civ., art. 416º/1).

CAPÍTULO QUARTO PREFERÊNCIAS A QUE A QUALIDADE DE SENHORIO DÁ LUGAR

§1. Direito de preferência no trespasse por venda ou dação em cumprimento do estabelecimento comercial. Antecedentes legais. §1.1. O trespasse do estabelecimento. §1.2. A venda ou dação em cumprimento do estabelecimento. §1.3. A situação posterior ao exercício da preferência. §2. Direito de preferência no arrendamento para exercício de profissão liberal.

§1. DIREITO DE PREFERÊNCIA NO TRESPASSE POR VENDA OU DAÇÃO EM CUMPRIMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ANTECEDENTES LEGAIS

A lei prevê ainda um direito de preferência da titularidade do senhorio, no âmbito de relação de arrendamento para comércio ou indústria (RAU, art. 116º).

Os antecedentes legais deste grupo de preferências encontram-se no art. 9º/§ único da Lei nº 1662, de 04.09.1924, que foi mantido em vigor pela Lei nº 2030, de 22.06.1948, e finalmente revogado pelo C. Civ.

São ainda estes arrendamentos que, actualmente, dão lugar ao referido direito de preferência, cujo titular é o senhorio, ou seja, aquele que celebrou ou em nome de quem foi celebrado o contrato de arrendamento. As situações de concurso de direitos de preferência,

resultantes, por exemplo, da contitularidade da posição do senhorio ou da existência, no estabelecimento, de mais de um arrendamento, são resolvidas através de licitação (RAU, art. 116º/3).

§1.1. O TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO

O conteúdo da preferência é o trespasse, isto é, a transmissão definitiva e onerosa do estabelecimento comercial.

Tal como acontecia no C. Civ. (art. 1118º), também a norma do art. 115º do RAU não impõe que o trespasse do estabelecimento seja acompanhado da transmissão da posição do arrendatário; pelo contrário, inculca a ideia de que esta transmissão deve ser convenientemente manifestada: “É permitida a transmissão (...) da posição do arrendatário (...) no caso de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial”.

Contudo, o direito de preferência reconhecido ao senhorio reporta-se ao trespasse (RAU, art. 116º/1), ou seja, à transmissão do estabelecimento e não, pelo menos expressa e necessariamente, à transmissão da posição contratual do arrendatário.

Esta situação não se afigura lógica: o direito é atribuído ao senhorio como forma de “resgatar” o imóvel, livre da limitação que impende sobre o seu gozo e não por razões comerciais, ligadas à titularidade do estabelecimento.

Logo, subsiste a questão de saber qual o objecto do direito da preferência: a transmissão do estabelecimento, da posição contratual de arrendatário ou de ambos (quando se verifiquem simultaneamente).

Parece útil isolar as diversas hipóteses:

- se existe apenas transmissão da posição do arrendatário, a situação escapa totalmente ao âmbito de aplicação dos arts. 115º e 116º, pois não há trespasse. Preenche-se a previsão do art. 1059º/2 do C. Civ., exigindo-se o consentimento do senhorio, sem qualquer direito de preferência;

- verifica-se transmissão do estabelecimento (isto é, trespasse), mas não da posição do arrendatário. Pela letra da lei pareceria que o senhorio teria direito de preferência; contudo, trata-se de solução sem lógica aparente, face à ratio dos direitos de preferência⁹⁹. Por outro lado, há que considerar ainda o art. 116º/3 que, ao referir a “existência, no estabelecimento trespasado, de mais de um arrendamento”, parece sempre supor a transmissão simultânea da posição contratual do arrendatário.

Assim, parece de concluir pela existência do direito de preferência do senhorio apenas no trespasse com transmissão da posição do arrendatário, o que equivale a constatar que o legislador utilizou o conceito de trespasse com conteúdos diferentes em duas normas legais (RAU, arts. 115º e 116º).

§1.2. A VENDA OU DAÇÃO EM CUMPRIMENTO DO ESTABELECIMENTO

Há direito de preferência quando o estabelecimento é trespasado por venda ou dação em cumprimento.

A restrição legal permite negar a preferência na transmissão do estabelecimento para sociedade comercial como forma de cumprimento da obrigação de entrada [CSC, artº 20º/a)]. Trata-se, na realidade, de um trespasse (a titularidade do estabelecimento é transmitida definitiva e onerosamente a pessoa jurídica distinta), que não é nem venda nem dação em cumprimento, já que esta pressupõe a prestação de coisa diversa da devida (C. Civ., art. 837º), o que não acontece na transmissão de bens ou direitos como forma de realização da entrada societária [CSC, art. 20º/a)]⁽¹⁰⁰⁾.

§1.3. A SITUAÇÃO POSTERIOR AO EXERCÍCIO DA PREFERÊNCIA

Cabe analisar a situação após o exercício do direito de preferência: estará o senhorio obrigado a manter o estabelecimento em funcionamento? A questão é importante na medida em que a resposta afirmativa implica a submissão da preferência à condição de o preferente reunir as condições para o exercício da actividade comercial ou industrial⁽¹⁰¹⁾.

Parece que nada na lei impõe a obrigação de manutenção do estabelecimento, após o exercício da preferência, o que permite concluir que o senhorio pode preferir no trespasse do estabelecimento, qualquer que seja a actividade nele desenvolvida. A conclusão, imposta aliás pelo princípio da autonomia privada, reflecte fielmente o propósito de resgate do arrendamento que, a todo o momento, transparece do regime da presente preferência. Assim, o propósito de encerramento do estabelecimento pelo senhorio preferente implicará a cessação dos contratos que, como conteúdo do trespasse, forem transmitidos.

Esta constatação não deixará de provocar, face à disciplina legal de determinados contratos, situações de alguma complexidade. Pense-se nos contratos de trabalho, transmitidos *ope legis* juntamente com a titularidade do estabelecimento comercial (LCT, art. 37º/1). A decisão de encerramento do estabelecimento importará a extinção das relações laborais, através da figura do despedimento colectivo (LCCT, art. 16º), com o conseqüente dever de indemnizar os trabalhadores (LCCT, art. 13/3, *ex vi* art. 23º/1).

O encerramento do estabelecimento e a cessação dos contratos transmitidos como conteúdo do trespasse serão inevitáveis nas situações em que a lei exige determinadas qualidades pessoais ou autorizações para o exercício da profissão (v.g., carteira profissional) ou actividade (por ex., alvarás). A transmissão do estabelecimento, como resultado do exercício da preferência, ao senhorio que não reúne essas qualidades ou detém as autorizações, não afecta a validade da transmissão operada, resultando apenas na caducidade dos contratos transmitidos.

Solução oposta ocorrerá sempre que a lei cominar com a nulidade os negócios jurídicos que operem a transmissão do estabelecimento para quem não reúna os requisitos legais impostos para a sua titularidade ou gerência⁽¹⁰²⁾. Nesse caso, deve considerar-se prejudicado o

direito de preferência do senhorio que os não preencha.

§2. DIREITO DE PREFERÊNCIA NO ARRENDAMENTO PARA EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LIBERAL

O último dos direitos de preferência previstos no RAU emerge do arrendamento para exercício de profissão liberal. O já referido art. 9º/§ único da Lei nº 1662, de 04.09.1924, designava apenas os estabelecimentos comerciais ou industriais, mas os Decs. nºs 27.154, de 31.10.1936 e 27.235, de 23.11.1936, incluíam entre aqueles os “consultórios ou escritórios de profissões liberais”, pelo que, desde a sua entrada em vigor, existia preferência também no arrendamento para exercício de profissão liberal⁽¹⁰³⁾.

O regime jurídico desta preferência é o estatuído para idêntico instituto no arrendamento para comércio e indústria, dado que a lei se limita a remeter para aí (RAU, art. 117º). Logo, o que se disse sobre aquele direito é transponível para esta sede.

Um só problema vai ser analisado, em virtude da sua especificidade. Resulta do facto de o art. 118º do RAU prever a figura da transmissão *inter vivos* da posição do arrendatário “a pessoas que no prédio arrendado continuem a exercer a mesma profissão”, ao mesmo tempo que - em virtude da remissão operada pelo art. 117º - aos arrendamentos para exercício de profissão liberal é igualmente aplicável a figura do trespasse.

A leitura destas disposições suscita diversos problemas:

- aplicando-se o instituto do trespasse a estes arrendamentos, qual o conceito de trespasse em questão?

- aplicando-se a figura do trespasse a estes arrendamentos, qual a distinção entre esta figura e a da cessão da posição contratual disciplinada no art. 118º?

- admitindo-se a coexistência das duas figuras - trespasse e cessão da posição de arrendatário - sobre qual delas se exercerá o direito de preferência do senhorio, cuja aplicação a este tipo de arrendamentos resulta igualmente do art. 117º?

A correcta interpretação dos preceitos legais referidos permite concluir que o art. 118º representa, para o arrendamento em cuja disciplina se integra, o mesmo que no art. 115º é previsto para os arrendamentos para comércio e indústria⁽¹⁰⁴⁾. A alteração legislativa verificada não fornece razões determinantes do abandono da conexão, unanimemente afirmada por doutrina e jurisprudência⁽¹⁰⁵⁾, entre o conceito de trespasse e o estabelecimento comercial ou industrial, que decorria inclusivamente da anterior lei (C. Civ., art. 1118º/1). Por outro lado, a comparação dos requisitos legais constitutivos do trespasse e da cessão da posição contratual não carecente de autorização (RAU, arts. 115º/2 e 118º/1) revela perfeito paralelismo, deixando deste modo sem conteúdo autónomo o hipotético trespasse do consultório ou escritório onde fosse exercida profissão liberal. Esta simetria não é prejudicada pela ausência, para a profissão liberal, do requisito imposto na alínea b) do art. 115º/2, atenta a especificidade desse fim do arrendamento⁽¹⁰⁶⁾.

A remissão do art. 117º do RAU deve considerar-se não escrita na parte em que se refere ao art. 115º, cujo âmbito de aplicação em sede de arrendamento para exercício de profissão liberal é esgotado pelo art. 118º. Apenas perante a transmissão disciplinada nesta última disposição legal - quando resulte de venda ou dação em cumprimento - tem o senhorio o direito de preferência que lhe é reconhecido pelo art. 116º, *ex vi* art. 117º.

CONCLUSÕES

I. Preferência, tanteio, retracto, são expressões que, empregues em sentido técnico, descrevem a obrigação de contratar com outrém, desde que este se disponha a igualar as condições propostas por um terceiro.

II. Da relação de arrendamento emergem determinados direitos de preferência impostos por lei, dotados de eficácia real em virtude de expressa remissão para o art. 1410º do C. Civ.; as preferências dotadas de eficácia real são comumente designadas por preferências reais.

III. No arrendamento urbano, são titulares de direito de preferência:

- o arrendatário, que o seja há mais de um ano, na venda ou dação em cumprimento do local arrendado (RAU, art. 47º);
- os conviventes com o arrendatário, que o sejam há mais de cinco anos, na compra do local arrendado (RAU, art. 97º);
- o subarrendatário, na compra do local arrendado (RAU, art. 97º);
- o senhorio, no trespasse, por venda ou dação em cumprimento, do estabelecimento comercial (RAU, art. 116º);
- o senhorio, na cessão da posição contratual do arrendatário por venda ou dação em cumprimento (RAU, art. 117º).

IV. O direito a novo arrendamento não é um direito de preferência, mas um direito a contratar, cujo titular não se encontra obrigado a acompanhar as condições oferecidas por terceiro, elemento típico da preferência.

V. Com a previsão das preferências no arrendamento urbano, o legislador pretendeu extinguir situações que desvalorizam a propriedade, propiciar o acesso à propriedade dos bens a quem já é titular de um direito sobre o seu gozo, cumprir o objectivo constitucional de permitir ao cidadão o acesso a habitação própria e, na perspectiva daqueles que reconhecem no direito do arrendatário a característica da realidade, resolver conflitos entre direitos reais.

VI. O subarrendatário, ainda que total, não é titular do direito de preferência previsto no art. 47º do RAU, que pertence exclusivamente ao arrendatário e ao transmissário da sua

posição contratual.

VII. Cada arrendatário é titular do direito de preferência, podendo exercê-lo isoladamente ainda que a alienação seja feita a outro preferente; o eventual conflito é resolvido através de licitação.

VIII. Apenas o contrato de compra e venda e a dação em cumprimento do direito de propriedade sobre o bem imóvel dão origem à preferência do arrendatário.

IX. Este direito de preferência existe ainda na alienação de quotas do direito de propriedade, mas já não na alienação do direito e acção à herança de que faça parte o prédio arrendado, a menos que este seja o único bem existente no património do *de cuius* à data da sua morte.

X. O objecto submediato da preferência é o local arrendado. Perante a impossibilidade legal de alienação autónoma do local arrendado, o direito de preferência do arrendatário exerce-se sobre a coisa imóvel transmitida, quer se trate de fracção autónoma quer de prédio não constituído em propriedade horizontal.

XI. É requisito deste direito de preferência a antiguidade superior a um ano de contrato de arrendamento, válido e eficaz à data da celebração do negócio preferível. O direito de preferência não é prejudicado por causas de resolução do contrato de arrendamento ocorridas anteriormente à celebração do negócio preferível, salvo se nesta data estiver já pendente acção judicial de resolução.

XII. O subarrendatário e os conviventes com o arrendatário há mais de cinco anos têm direito de preferência na compra do local arrendado.

XIII. O direito de preferência atribuído no art. 97º do RAU estende-se ao arrendatário, cujo contrato tenha caducado por ter cessado o direito ou findarem os poderes legais de administração com base nos quais o contrato foi celebrado.

XIV. Para que exista este direito de preferência, é necessário que o seu titular tenha direito a novo arrendamento e pretenda exercê-lo, mas a tal se veja impedido pela intenção do senhorio alienar o imóvel.

XV. Este direito de preferência, directamente dependente da impossibilidade de exercício do direito a novo arrendamento, existe apenas em caso de alienação da propriedade pelo senhorio proprietário.

XVI. O senhorio tem direito de preferência no trespasse, por venda ou dação em cumprimento, do estabelecimento comercial.

XVII. Este direito de preferência existe apenas em caso de trespasse que englobe a transmissão da posição contratual do arrendatário.

XVIII. Após o exercício da preferência, o adquirente não está obrigado a manter o estabelecimento, encontrando-se mesmo impossibilitado de o fazer se o cumprimento dos

contratos transmitidos depender de qualidades pessoais ou autorizações que aquele não detenha.

XIX. O direito de preferência cede perante a imposição legal de transmissão do estabelecimento a quem detenha determinadas qualificações.

XX. Não existe trespasse do escritório ou da posição contratual no arrendamento para exercício de profissão liberal, mas apenas cessão desta, que constitui o objecto da preferência do senhorio.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, ERIDANO

Direito de preferência (notificação aos cônjuges), anotação ao Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 1987, O Direito, ano 121º (1989), III (julho-setembro)

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

As relações jurídicas reais, Lisboa, 1962

Direito civil - reais, Coimbra, 1983

Subarrendamento e direitos de preferência no novo regime do arrendamento urbano, Revista da Ordem dos Advogados, 1991, I

AZEVEDO, VILLAÇA

vide TUCCI, LAURIA

BARATA, CARLOS LACERDA

Da obrigação de preferência - contributo para o estudo do artigo 416º do Código Civil, Coimbra, 1990

BASTOS, ARMANDO PINTO

Sumários da Colectânea de Jurisprudência, 3 vols (1976-1980; 1981-1985; 1985-1990), Coimbra, s.d.

BELEZA, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO

vide VARELA, ANTUNES

BOCCHINI, FERNANDO

Limitazioni convenzionali del potere di disposizione, Napoles, 1977

CAMPOS, DIOGO LEITE DE

Os direitos de preferência nos Tribunais, Lisboa, 1982

O inquilinato na jurisprudência portuguesa, Lisboa, 1983

CARLOS, ADELINO DA PALMA

Parecer, Colectânea de Jurisprudência, ano X (1985), tomo 1

CARVALHO, ORLANDO DE

Crítério e estrutura do estabelecimento comercial, I - O problema da empresa como objecto de negócios, Coimbra, 1967

Estabelecimento, trespasse e mudança de destino, Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência (ano 110º, nº 3592), Coimbra, 1977

Alguns aspectos da negociação do estabelecimento, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 114º, nº 3693º

COELHO, FRANCISCO PEREIRA

Arrendamento, Coimbra, 1987

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

Direitos reais, Ciência e Técnica Fiscal, 1978, n.ºs 232-234 (abril-junho) e 235-237 (julho-setembro)

Da natureza do direito do locatário, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1980

Da preferência dos accionistas na subscrição de novas acções: exclusão e violação, Banca, Bolsa e Crédito - Estudos de Direito Comercial e de Direito da Economia, I, Coimbra, 1990

Servidão legal de passagem e direito de preferência, Revista da Ordem dos Advogados, 1990, III

Direito das Obrigações, 2 vols., Lisboa, 1990 (reimpressão)

CORREIA, ANTÓNIO FERRER

Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica, Estudos Jurídicos - II (Direito Civil e Comercial. Direito Criminal), Coimbra, 1969

Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência, Estudos Jurídicos - II (Direito Civil e Comercial. Direito Criminal), Coimbra, 1969

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA

Direito das obrigações, Coimbra, 1984

DAGOT, MICHEL

Le pacte de préférence, Paris, 1988

FERNANDES, LUÍS CARVALHO

Teoria geral do direito civil, Lisboa, 1983

Simulação e tutela de terceiros, Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1988

Simulação, direito de preferência, abuso de direito, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1988, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXX, n.º 2, Ab.-Jun., 1988

FROTA, MARIO

Arrendamento urbano comentado e anotado, Coimbra, 1987

FURTADO, PINTO

Curso de direito dos arrendamentos vinculísticos, Coimbra, 1984

GOMES, MANUEL JANUÁRIO

Constituição da relação de arrendamento urbano, Coimbra, 1980

Arrendamentos Comerciais, Coimbra, 1986

JORGE, FERNANDO PESSOA

Transmissão do arrendamento comercial por efeito da incorporação da sociedade locatária, O Direito, ano 122º (1990), II, (abril-junho)

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES

Código civil anotado, Coimbra, 1982 (1º vol.), 1986 (2º vol.), 1984 (3º vol.)

LOJO, FLUENTES

Suma de arrendamientos urbanos, tomo 1, Barcelona, 1986

LOUREIRO, JOSÉ PINTO

Manual dos direitos de preferência, Coimbra, 1944 (1º vol.), Lisboa, 1945 (2º vol.)

Tratado da Locação, Coimbra, 1946 (1º Vol.), 1947 (3º Vol.)

MARCELINO, A. J.

Preferência, propriedade horizontal e outros temas de direito civil e penal, Lisboa, s.d.

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE

Direito de preferência: alienação da coisa juntamente com outra, por preço global, e notificação para preferir, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 1980, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXVII, nºs 1,2,3,4, jan.-dez., 1980

Direito de preferência (parecer), Colectânea de Jurisprudência, ano XI (1986), tomo 5

Direito de preferência do arrendatário habitacional e seus pressupostos (Lei nº 63/77, de 25 de Agosto), anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Junho de 1983, O Direito, ano 120º (1988), I-II, (janeiro-junho)

Obrigações reais e ónus reais, Coimbra, 1990

MILLER, RUI VIEIRA

Arrendamento urbano, Coimbra, 1967

NETO, ABÍLIO

Código civil anotado, Lisboa, 1987

PINTO, CARLOS DA MOTA

Direito de preferência do arrendatário e despejo com fundamentos posteriores à venda do prédio arrendado, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Janeiro de 1974, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXV, nºs 1 e 2, jan.-jun., 1978

Cessão da posição contratual, Coimbra, 1982 (reimpressão)

Direitos reais, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra, s.d.

SERRA, ADRIANO VAZ

Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Abril de 1971, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 105º, nº 3472

Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Janeiro de 1974, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 107º, nº 3435

SOUSA, ANTÓNIO PAIS DE

Extinção do arrendamento urbano - fundamentos * meios processuais, Coimbra, 1985

Anotações ao regime do arrendamento urbano (R.A.U.), Lisboa, 1991

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

Direito das obrigações, Lisboa, 1979 (2ª ed.) e Coimbra, 1982 (4ª ed.)
Direito de preferência (parecer), Colectânea de Jurisprudência, ano IX (1984), tomo 1
Direito de preferência dos proprietários confinantes, anotação ao Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1986, O Direito, anos 106º a 119º (1974-87)

TUCCI, LAURIA / AZEVEDO, VILLAÇA
Tratado de locação predial urbana, S. Paulo, 1985

VARELA, ANTUNES
Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Fevereiro de 1983,
Revista de Legislação e de Jurisprudência, anos 119º, nº 3753 e 120º, nº 3754
Das obrigações em geral, Coimbra, 1986 (1º vol.), 1990 (2º vol.)
vide LIMA, PIRES DE

VARELA, ANTUNES / BELEZA, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO
Direitos de preferência - processo de notificação (parecer), Colectânea de Jurisprudência, ano XV (1990), tomo 3

NOTAS:

- (1) - Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, p. 189.
- (2) - Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1982, p. 106.
- (3) - Lacerda Barata, *Da Obrigação de Preferência*, Coimbra, 1990, p. 11; P. Lima/A. Varela, *Código Civil Anotado*, I, Coimbra, 1982, anotação ao art. 414º, p. 364; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 1986, p. 325.
- (4) - Pinto Loureiro, *Manual dos Direitos de Preferência*, I, Coimbra, 1944, p. 11. O autor reserva o termo preferência para o direito a exercer sobre créditos.
- (5) - Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, Lisboa 1990 (reimpressão), p. 487.
- (6) - O facto de o legislador distinguir as figuras, fazendo prevalecer a remição sobre o direito de preferência, não impede a recondução daquela figura a esta categoria, presente que está o traço característico da primazia de um sujeito em paridade de condições com outro. Assim, Pinto Loureiro, *Manual cit.*, I, pp. 86 e 87.
- (7) - É conhecido o debate doutrinário sobre a determinação dos direitos revestidos de prevalência. Assim, Pires de Lima defendia a presença desta característica na solução de conflitos no âmbito de todos os direitos reais (também Mota Pinto e Antunes Varela, que a encontram também noutras categorias de relações jurídicas: cfr., respectivamente, *Direitos Reais*, Coimbra, s.d., p. 61 e ss.; *Direito das Obrigações cit.*, I, pp. 164 a 166). Pinto Coelho reservou-a apenas para os conflitos entre direitos reais de garantia (também Paulo Cunha e Henrique Mesquita: cfr. as *Obrigações Reais* deste A., p. 189 e ss., nota 110). Oliveira Ascensão concorda com Pinto Coelho, mas vai mais longe, considerando que a prevalência rege igualmente os conflitos entre direitos reais e de crédito (*Direito Civil - Reais*, Coimbra, 1983, p. 555 e ss.). Menezes Cordeiro nega-a enquanto característica dos direitos reais (*Direitos Reais cit.*, p. 269 e ss.).
- (8) - Como acentua Menezes Cordeiro (*Da preferência dos accionistas na subscrição de novas acções: exclusão e violação*, Banca, Bolsa e Crédito - *Estudos de Direito Comercial e de Direito da Economia*, I, Coimbra, 1990, p. 140) não se trata de verdadeira preferência, pela desnecessidade de existência de terceiro interessado e, logo, pela ausência da paridade de condições. Vide *infra*, p. 23, para a análise deste requisito.
- (9) - *V. infra*, p. 30.
- (10) - Aqui, a dificuldade de distinção existirá, como é evidente, perante a preempção.
- (11) - Salientando este aspecto, P. Loureiro, *Manual cit.*, I, p. 157.
- (12) - Antunes Varela, *Das Obrigações cit.*, I, p. 341. A validade desta argumentação - que inutilizaria, como é evidente, a necessidade da distinção - depende da posição adoptada sobre a licitude das condições postestativas a parte debitoris: cfr. Galvão Telles, *Direito das Obrigações cit.*, p. 105.
- (13) - Assim, Galvão Telles, *op. e loc. cit.*
- (14) - A expressão é utilizada pelo valor linguístico que possui, não expressando necessariamente a natureza destes direitos: cfr. H. Mesquita, *Obrigações Reais cit.*, p. 213, nota 135.
- (15) - A expressão “direito de preferência” é utilizada por razões de comodidade, pois - como nota Henrique Mesquita (*Obrigações Reais cit.*, p. 203 e ss.) - a preferência, quando enunciada em abstracto, não é um direito subjectivo, mas um elemento do regime legal do direito no âmbito do qual surge (no caso, o direito do arrendatário ou do senhorio). “De um direito de preferência verdadeiro e próprio só pode falar-se quando se verificarem, em concreto, os pressupostos a que a lei o subordina” (*ob. cit.*, p. 207).
- (16) - Contra, Orlando de Carvalho, *apud* H. Mesquita, *Obrigações Reais cit.*, p. 213, nota 135.

- (17) - Em toda esta parte seguir-se-á, de perto, o ensinamento de H. Mesquita, in *Obrigações Reais cit.*, p. 202 e ss.
- (18) - Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1984, pp. 291 e 292.
- (19) - V. *infra*, página 21.
- (20) - Que, nas preferências emergentes da relação de arrendamento urbano, resulta de expressas remissões para o art. 1410º do C. Civ.: cfr. arts. 49º, 97º/3º e 116º/2 do RAU.
- (21) - Faculdade que permite ao titular do direito real acompanhar a coisa, independentemente de quaisquer vicissitudes, onde quer que ela se encontre: Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, CTF, n.ºs 235/237, Jul-Set, 1978, p. 258.
- (22) - Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Reais cit.*, p. 515.
- (23) - *Obrigações Reais cit.*, 194 e ss., maxime 218 a 229. Ver aí (p. 219, nota 143) a referência a outros defensores da “qualificação obrigacional”.
- (24) - *idem*, p. 222.
- (25) - A crítica de qualquer destas posições extravasa manifestamente o âmbito deste trabalho e passaria, designadamente, pela análise do conceito de direito real, postulado que determina as posições referidas. Por isso, a referência é norteadada pela preocupação descritiva.
- (26) - Lacerda Barata, *Da Obrigação de Preferência cit.*, p. 18.
- (27) - P. Lima/A. Varela, *Código Civil cit.*, III, nota 3 ao art. 1410º, p. 373.
- (28) - Galvão Telles, *Direito das Obrigações cit.*, p. 108; Almeida Costa, *Direito das Obrigações cit.*, 291.
- (29) - Lacerda Barata, *Da Obrigação cit.*, p. 106 e ss.
- (30) - Podendo qualquer das partes recorrer à execução específica do contrato. Assim, H. Mesquita, *Obrigações Reais cit.*, p. 213, nota 137. Contra, Lacerda Barata, *Da Obrigação cit.*, p. 150 e ss.
- (31) - Vide explanação de ambas as posições, com ampla referência bibliográfica, em Lacerda Barata, *Da Obrigação cit.*, p. 146 e ss.
- (32) - O argumento contrário de Lacerda Barata (*idem*, pp. 147 e 148) não impressiona, pois o aviso para contratar só não será proposta contratual por falta de forma, o que não prejudica a verdadeira natureza daquele aviso.
- (33) No art. 416º/1 diz-se “querendo vender” e no 417º/1 repete-se “quiser vender”.
- (34) - Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações cit.*, p. 505.
- (35) - Antunes Varela, apud H. Mesquita, *Obrigações Reais cit.*, p. 207, nota 128: “Preferir é sempre passar à frente de alguém, em igualdade de condições. (...) Consequentemente, fazer a uma pessoa uma proposta contratual antes de saber se alguém está disposta a aceitá-la, não é, em bom rigor, convidá-la a preferir, mas sim chamá-la em primeiro lugar (antes de qualquer outro) a contratar consigo”. Também sublinham a essencialidade do “terceiro interessado” como elemento da preferência, entre outros, Pinto Loureiro, *Manual dos Direitos de Preferência cit.*, I, pp. 36 a 38 e Menezes Cordeiro, *Da preferência dos accionistas cit.*, p. 140.
- (36) - Como é vulgarmente entendido pela doutrina e jurisprudência. Assim, mantém-se actual o Acórdão do STJ de 16.05.39 que declarou “inepta, por incompatibilidade dos pedidos, a petição inicial da acção de preferência em que o A. peça o reconhecimento do direito de opção e, simultaneamente, a anulação ou declaração de nulidade da venda” (Col. Of., ano 38º, pp. 211 e 212). V., contudo, Menezes Cordeiro (*Direito das Obrigações cit.*, I, p. 496) admitindo “a anulação do negócio faltoso, por ilicitude, quando o obrigado faltoso e o terceiro adquirente tenham actuado com dolo, em termos que justifiquem tal sanção”.
- (37) - P. Lima/A. Varela, *Código Civil cit.*, III, anotação ao art. 1410º, p. 381.
- (38) - Oliveira Ascensão (*Subarrendamento e Direitos de Preferência*, R.O.A., 1991, I, p. 58) salienta a “generosidade” com que a lei concede as preferências no nosso sistema jurídico...

- (39) - Ver infra, p. 77, a dificuldade na apreensão do objecto deste direito de preferência.
- (40) - Alterado pelo DL 293/77, de 20.07.
- (41) - Sobre a interpretação do DL 420/76, v., por todos, Januário Gomes, Constituição da Relação de Arrendamento Urbano, Coimbra, 1980, p. 243 e ss., que cita diversa jurisprudência.
- (42) - Embora a epígrafe do Cap. V desta lei, que compreende os arts. 28º (direito a novo arrendamento) e 30º (direito de preferência na venda de fogos), continue a referir-se à “Preferência em arrendamentos para habitação”.
- (43) - Sobre a matéria, ver, por todos, Oliveira Ascensão, Subarrendamento cit., p. 61.
- (44) - P. Lima/A. Varela, Código Civil cit., I, anotação 4 ao art. 414, p. 364.
- (45) - Pinto Loureiro, Manual cit., I, p. 7.
- (46) - Oliveira Ascensão, Relações Jurídicas Reais, Lisboa, 1962, p. 213; Subarrendamento cit., pp. 61 e 73.
- (47) - Como resulta do preâmbulo do DL 63/77, de 25. 08.
- (48) - Vaz Serra, anotação ao Ac. STJ de 27.04.71; RLJ, ano 105º, nº 3472, p. 105.
- (49) - Januário Gomes, Constituição cit., p. 252.
- (50) - A. Varela/Pizarro Beleza, Direitos de Preferência (parecer), CJ, ano XV (1990), t. 3, p. 37.
- (51) - Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos, Coimbra, 1984, pp. 330 e 332.
- (52) - Código Civil cit., II, anotação 4 ao art. 1117º, pp. 640 e 641.
- {(1) - Henrique Mesquita, Obrigações Reais e Ônus Reais, Coimbra, 1990, p. 189.
- (2) - Galvão Telles, Direito das Obrigações, Coimbra, 1982, p. 106.
- (3) - Lacerda Barata, Da Obrigação de Preferência, Coimbra, 1990, p. 11; P. Lima/A. Varela, Código Civil Anotado, I, Coimbra, 1982, anotação ao art. 414º, p. 364; Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, I, Coimbra, 1986, p. 325.
- (4) - Pinto Loureiro, Manual dos Direitos de Preferência, I, Coimbra, 1944, p. 11. O autor reserva o termo preferência para o direito a exercer sobre créditos.
- (5) - Menezes Cordeiro, Direito das Obrigações, I, Lisboa 1990 (reimpressão), p. 487.
- (6) - O facto de o legislador distinguir as figuras, fazendo prevalecer a remição sobre o direito de preferência, não impede a recondução daquela figura a esta categoria, presente que está o traço característico da primazia de um sujeito em paridade de condições com outro. Assim, Pinto Loureiro, Manual cit., I, pp. 86 e 87.
- (7) - É conhecido o debate doutrinário sobre a determinação dos direitos revestidos de prevalência. Assim, Pires de Lima defendia a presença desta característica na solução de conflitos no âmbito de todos os direitos reais (também Mota Pinto e Antunes Varela, que a encontram também noutras categorias de relações jurídicas: cfr., respectivamente, Direitos Reais, Coimbra, s.d., p. 61 e ss.; Direito das Obrigações cit., I, pp. 164 a 166). Pinto Coelho reservou-a apenas para os conflitos entre direitos reais de garantia (também Paulo Cunha e Henrique Mesquita: cfr. as Obrigações Reais deste A., p. 189 e ss., nota 110). Oliveira Ascensão concorda com Pinto Coelho, mas vai mais longe, considerando que a prevalência rege igualmente os conflitos entre direitos reais e de crédito (Direito Civil - Reais, Coimbra, 1983, p. 555 e ss.). Menezes Cordeiro nega-a enquanto característica dos direitos reais (Direitos Reais cit., p. 269 e ss.).
- (8) - Como acentua Menezes Cordeiro (Da preferência dos accionistas na subscrição de novas acções: exclusão e violação, Banca, Bolsa e Crédito -Estudos de Direito Comercial e de Direito da Economia, I, Coimbra, 1990, p. 140) não se trata de verdadeira preferência, pela desnecessidade de existência de terceiro interessado e, logo, pela ausência da paridade de condições. Vide infra, p. 23, para a análise deste requisito.
- (9) - V. infra, p. 30.

- (10) - Aqui, a dificuldade de distinção existirá, como é evidente, perante a preempção.
- (11) - Salientando este aspecto, P. Loureiro, Manual cit., I, p. 157.
- (12) - Antunes Varela, Das Obrigações cit., I, p. 341. A validade desta argumentação - que inutilizaria, como é evidente, a necessidade da distinção - depende da posição adoptada sobre a licitude das condições postestativas a parte debitoris: cfr. Galvão Telles, Direito das Obrigações cit., p. 105.
- (13) - Assim, Galvão Telles, op. e loc. cit.
- (14) - A expressão é utilizada pelo valor linguístico que possui, não expressando necessariamente a natureza V. Serra, anotação ao Ac. do STJ de 27.04.71 cit., pp. 105 e 106; A. Varela, anotação ao Ac. do STJ de 10.02.83 cit., pp. 380 e 14, respectivamente.
- (75) - Ac. STJ de 27.04.71, BMJ, 206º/76, com anotação concordante da Rev. Trib., ano 89º, nº 1864, p. 370.; Contra, ac. Rel. Porto de 11.11.77; CJ, II (1977), t. 5, p. 1212.
- (76) - Neste Vaz sentido, Vaz Serra, anotação ao Ac. do STJ de 27.04.71 cit., p. 105. Na mesma linha, também o Ac. Rel. Lx de 21.10.70; BMJ, 200º/285, que considera que “o direito de preferência facultado pelo art. 1117º/1 do C. Civ. só surge - no caso de venda efectuada pela transmissão a terceiro, por cada um dos titulares da herança de que o prédio faz parte, do respectivo direito e acção - com a última transmissão, única que faz consumir a venda do prédio”. No entanto, tem-se por seguro que a existência de mais bens na herança preclui a preferência.
- (77) - Embora a relação locatícia possa ter por objecto uma parte do imóvel, o direito de preferência - na medida em que possibilita a aquisição da propriedade - tem de abranger todo o prédio ou sua fracção autónoma, pois os direitos reais incidem sempre sobre a totalidade da coisa: H. Mesquita, anotação ao Ac. Rel. Coimbra de 21.03.83 cit., p. 189, nota 4.
- (78) - Assim, por ex., os Acs. STJ de 22.03.84 (BMJ 335º/274) e Rel. Lx de 09.12.86 [CJ, XI (1986), t. 5, p. 143].
- (79) - Ac. Rel. Porto de 26.10.89 [CJ, XIV (1989), t. 4, p. 228]. Contra, A. J. Marcelino, Preferência, Propriedade Horizontal e Outros Temas de Direito Civil e Penal, Lisboa, s.d., p. 29 e ss.
- (80) - A regra do art. 1117º/4 é aplicável apenas às hipóteses de dois ou mais preferentes em igualdade de condições; isto é, com a mesma renda.
- (81) - H. Mesquita, anotação ao Ac. Rel. Coimbra de 21.03.83 cit., p. 189. Neste sentido, entre outros, os Acs. STJ de 16.01.68 (BMJ, 173º/271); Rel. Coimbra de 18.03.80 [CJ, V (1980), t. 2, p. 23] e 04.04.89 [CJ, XIV (1989), t. 2, p. 60]; Rel. Lx de 29.03.84 [CJ, IX (1984), t. 2, p. 115]; Rel. Porto de 21.05.85 [CJ, (1985), t. 3, p. 242], 25.07.85 [CJ, (1985), t. 4, p. 241], 26.10.89 [CJ, XIV (1989), t. 4, p. 227] e 03.05.90 [CJ, XV (1990), t. 3, p. 193].
- (82) - Oliveira Ascensão, Subarrendamento cit., p. 68.
- (83) - Oliveira Ascensão (idem, ib.): “(...) ou o direito de preferência se pode exercer apenas em relação ao local arrendado, o que supõe a possibilidade de autonomização jurídica deste, ou o seu exercício é impossível”.
- (84) - Como conclui Oliveira Ascensão, idem, ib.
- (85) - Mário Frota, Arrendamento Urbano comentado e anotado, Coimbra, 1987, nota 6 ao art. 1117º do C. Civ., p. 498.
- (86) - Repare-se que não está em causa a ausência de pressupostos do direito de preferência - no caso, o encerramento do prédio, que é, igualmente, causa de resolução do contrato - mas a existência de factos impeditivos do seu exercício.
- (87) - Acs. Rel. Coimbra de 06.06.73 (BMJ, 230º/162); STJ de 08.01.74 (BMJ, 233º/170) e 27.05.75 (BMJ, 247º/142); Rel. Évora de 08.03.84 [CJ, IX (1984), t. 2, p. 270] e 25.10.85 [CJ, X (1985), t. 4, p. 294]; Vaz Serra, anotação ao Ac. STJ de 08.01.74; RLJ, 107º, nº 3535, pp. 351 e

352.

(88) - Ver, por todos, Mota Pinto, anotação ao Ac. STJ de 08.01.74; RDES, XXV, n^os 1-2, Jan-Jun, 1978, p. 110 e ss., cuja posição se resume no texto.

(89) - Contra, Vaz Serra, ul. anotação cit., p. 352.

(90) - Repare-se que a não tem por força do art. 47^o do RAU, pois na altura da venda o seu contrato já caducou, pelo que não é já arrendatário.

(91) - V. supra, p. 17.

(92) - Incorrectamente, pois embora o preferente prefira na compra, o nome legal do contrato é “Compra e Venda” (C. Civ., art. 874^o).

(93) - Não sendo possível interpretar latamente a expressão “compra”, pela clara distinção entre as figuras que, a todo o tempo, o legislador estabelece, nem recorrer à analogia, por força da referida proibição. Contra, Pinto Furtado, Curso cit., p. 333.

(94) - Supra, p. 24 e ss.

(95) - Não se transmitindo ope legis a sua posição contratual (ex vi art. 85^o do RAU).

(96) - Para quem considere que o direito a novo arrendamento subsiste ainda para além das transmissões permitidas pelo art. 85^o do RAU, parece de aplicar a regra do art. 107^o/2, estatuinto que os cinco anos não são interrompidos com a eventual transmissão ope legis da posição do arrendatário, aferindo-se o parentesco relativamente ao primitivo arrendatário (numa interpretação similar à que se fazia para o n^o 4 do art. 1111^o do C. Civ. e que parece transponível para o actual 85^o/2 do RAU).

(97) - Carvalho Fernandes, Teoria Geral do Direito Civil, vol, II, Lisboa, 1983, p. 519.

(98) - Assim, Pais de Sousa, Extinção do Arrendamento Urbano, Coimbra, 1985, p. 260; contra, A. Varela/P. Lima, Código Civil cit., II, anot. 7. ao art. 1093^o, p. 548, exigindo para o subarrendamento a forma do arrendamento.

(99) - Poderia ver-se alguma utilidade nesta situação: o senhorio adquiriria o estabelecimento e o arrendatário colocava-se em situação de incumprimento contratual, que resultaria na resolução do contrato, por não exercer actividade ou por utilização diversa da que consta no título da relação jurídica de arrendamento [RAU, art. 64^o/1, h) e b)]. Contudo, não só não é necessariamente assim - o arrendatário pode desenvolver actividade exactamente igual - como não resulta da introdução do direito de preferência, pois já acontecia sempre que a transmissão do estabelecimento não era acompanhada da transmissão da posição contratual do arrendatário.

(100) - Contra, a Rev. Trib., ano 89^o cit. p. 370.

(101) - A questão tem igual pertinência no arrendamento para exercício de profissão liberal, sendo aqui abordada por razões sistemáticas.

(102) - É o caso das farmácias, em cujo regime jurídico se estabelece: “São nulos os negócios jurídicos celebrados contra o expressamente disposto na lei sobre a propriedade da farmácia ou que produzam, ou possam produzir, um efeito prático idêntico ao que a lei quis proibir” [DL 48547, de 27.08.68, art. 76^o/2]. A Lei n^o 2125, de 20.03.65, estabelece a obrigatoriedade de o proprietário da farmácia ser farmacêutico (Base II/1 e 2).

(103) - P. Loureiro, Manual cit., II, pp. 11 a 13.

(104) - Assim, Pais de Sousa, Anotações ao regime do arrendamento urbano (R.A.U.), Lisboa, 1991, anotação 3 ao art. 117^o, p. 228.

(105) - Ver, por todos, Orlando de Carvalho, Estabelecimento, Trespasse e Mudança de Destino, Separata da RLJ (ano 110^o, n^o 3592), Coimbra, 1977, p. 8 e ss.

(106) - P. Lima/A Varela, Código Civil cit., II, nota 2 ao art. 1120^o, p. 646.