

O DIREITO DE PREFERÊNCIA QUANDO HÁ RECTIFICAÇÃO
DA ESCRITURA DE VENDA

PELO PROF. DR. ADRIANO VAZ SERRA

Por escritura de 2 de Janeiro, A. vendeu a B. uns barracões dados de arrendamento a C. para fins comerciais, e por C., sociedade comercial por quotas, ocupados com o seu estabelecimento.

C., havendo conhecimento da venda efectuada, manifestou desejos de preferir.

Então B. e A. vieram ao notário, onde lavraram escritura de rectificação, elevando o preço da compra e venda por, por lapso, figurar na escritura anterior um preço inferior ao da compra.

E para tanto apresentaram ao notário um novo conhecimento de sisa, liquidado sobre a diferença. Pela declaração prestada na Fazenda para liquidação da sisa verifica-se não que foi liquidada a sisa pela diferença do preço e relativa ao contrato anterior, mas sim por uma compra que vai fazer a A. pelo preço de X. (o equivalente à diferença).

Pergunta-se :

— O direito de preferência radicou-se em C. logo que a escritura de compra se lavrou?

— Este direito mantem-se ou não inalterável por quaisquer actos posteriores praticados sem o consento de C., durante o tempo em que pode exercer-se?

— Esse direito pode ser prejudicado pela nova escritura de rectificação?

— Tendo B. declarado na Fazenda, em termo que assinou, que o preço da compra era de X., pago a sisa sobre esse preço, e tendo depois A. referido na escritura que vendia por X., que recebera X., que de X. dava quitação, e a compra por X., ainda será de invocar o art. 665.º do Código Civil?

Em resumo :

O direito de preferência é de exercer sobre o preço constante da escritura de venda, ou pelo da escritura de rectificação ?

Resposta

1. — Trata-se, na hipótese da consulta, do exercício do direito de preferência concedido pelo art. 11.º da Lei n.º 1.662 ao locatário comercial ou industrial de prédios urbanos quando o senhorio vender o prédio.

Realizada a venda por certo preço, vieram os contraentes, antes que o arrendatário propuzesse a acção de preferência, fazer lavrar escritura de rectificação de preço. Pergunta-se na consulta se o direito de preferência deve ser exercido pelo preço constante da primeira escritura, ou se deve ser exercido pelo preço rectificado.

Antes do decreto 19.126, que reformou algumas disposições do Código Civil, discutiam-se êste e outros problemas relacionados com o momento em que surgia o direito de preferência. Acontecia e acontece freqüentemente que, realizada a venda, vêm os contraentes, que só tarde se lembram do direito de preferência, distratar o contrato, ou declarar que o anulam com fundamento em qualquer verdadeira ou suposta nulidade, ou ainda dizer que rectificam o preço.

Quando este distrate, anulação ou rectificação são posteriores à instauração em juízo da acção de preferência, nenhuma dúvida podia haver de que não podem prejudicar ou atingir o direito de preferência.

Neste ponto todos, doutrina e jurisprudência, estavam de acôrdo (1).

Mas se o distrate, a anulação ou a rectificação são anteriores à propositura da acção discutiu-se largamente se o titular do direito de preferência era obrigado a respeitar êsses actos, ou se, pelo contrário, podia exercer o direito de preferência como se tais actos não existissem.

O problema sempre se considerou dependente da questão de saber quando nasce o direito de preferência.

Surge o direito de preferência com a propositura da acção?

Claro é que, neste caso, aqueles actos anteriores à aquisição do direito de preferência devem ser respeitados pelo titular dêste direito.

Surge o direito de preferência com o acto da venda? Claro é também que, neste caso, o titular do direito de preferência não tem que preocupar-se com os acordos dos contraentes posteriores à aquisição do seu direito.

2. — A questão foi, como disse, largamente discutida (2) e foi para a resolver que o decreto n.º 19.126 introduziu no Código Civil o § 3.º do art. 1.566.º assim redigido :

«O direito de preferência, em quaisquer casos, não é prejudicado pelo distrate do respectivo contrato, quer feito extrajudicialmente, quer mediante confissão ou transacção judicial».

(1) Rev. de Leg. e de Jur., vol. 57.º, págs. 21 e segs.

(2) No sentido de que o direito de preferência nascia com a propositura da acção: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Nov. de 1897, na Rev. de Leg., vol. 37.º, págs. 587; de 14 de Maio de 1900, *ibid.*, vol. 40.º, págs. 224, de 3 de Maio de 1901 e 28 de Fev. de 1902; *ibid.*, vol. 41.º, págs. 165, de 4 de Abril de 1930. Col. Of., vol. 29.º, págs. 82; da Relação de Lisboa, de 3 de Abril de 1901, na Gaz. Relação, vol. 15.º, págs. 363; da Relação do Pôrto, de 18 de Maio de 1923, na Rev. dos Trib., vol. 44.º, págs. 85, de 4 de Março de 1928. *ibid.*, vol. 46.º, págs. 249; da Relação de Coimbra, de 16 de Fev. de 1924, na Rev. de Leg., vol. 57.º, págs. 95.

Parece inclinar-se neste sentido a Rev. de Leg., vol. 57.º, págs. 21 e segs.

Consideravam o direito de preferência adquirido com o acto da venda: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 1925, na Rev. dos

Esta disposição veio, assim, estabelecer que o direito de preferência nasce com a venda, não podendo, por isso, ser prejudicado pelo distrate do respectivo contrato.

Como, porém, nada de semelhante se disse para as hipóteses em que, além do caso de compropriedade, existe direito de preferência, e como, por outro lado, aquele parágrafo só ao distrate, e não à anulação convencional ou à rectificação, se refere, pode duvidar-se da aplicação da mesma doutrina ao caso de venda do prédio onde está instalado um estabelecimento comercial ou industrial e, uma vez resolvido afirmativamente êste problema, da sua aplicação quando se tratar, não de distrate, mas de rectificação do contrato (é o que interessa para o objecto da consulta).

3. — Quanto ao primeiro problema — applicabilidade da doutrina do § 3.º do art. 1.566.º aos restantes casos de direito de preferência — sustentou recentemente o Direito (Vol. LXVI, págs. 15 e segs.) que aquella doutrina se não pode aplicar à hipótese do art. 11.º da Lei 1.662, com o fundamento de que a «legislação geral», a que êste artigo alude, não é a do art. 1.566.º do Código Civil (que não é legislação geral, mas especial para o direito de preferência na compropriedade), só podendo ser a dos arts. 641.º e segs. do Código de Processo Civil (1).

Temos graves dúvidas a êste respeito, porque não é crível que o legislador quisesse referir-se a estes artigos do Código de Processo Civil.

Seja, porém, como fôr, o que nos parece certo é que a applicação, ao nosso caso, da doutrina do art. 1.566.º § 3.º resulta, quando não da remissão para a «legislação geral», da analogia entre êsse caso e o do § 3.º do art. 1.566.º, e até do próprio texto dêste parágrafo.

A questão não está resolvida no art. 11.º da Lei n.º 1.662; há,

Trib., vol. 44.º, págs. 84; da Relação do Pôrto, de 2 de Maio de 1872, na Rev. de Leg., vol. 4.º, págs. 379; de 16 de Março de 1926, na Rev. dos Trib., vol. 45.º, págs. 37, de 26 de Julho de 1930, na Gaz. Judic., vol. 2.º, págs. 106; a Rev. dos Trib., vol. 44.º, págs. 85, *ibid.*, vol. 48.º, págs. 341; a Gaz. Judic., vol. 2.º, págs. 107.

(1) No mesmo sentido, Gaz. da Rel. de Lx.ª, vol. 46.º, págs. 44.

pois, uma lacuna que deve preencher-se com a aplicação, por analogia, da solução do § 3.º do art. 1.566.º (Código Civil, art. 16.º).

A aplicação por analogia só não seria possível se houvesse dissemelhança entre as duas hipóteses, se as razões por que, para uma, a solução legal se adoptou não fôsem igualmente admissíveis, para a outra.

Ora tal dissemelhança não existe. Não se vê por que motivo haveria de estabelecer-se doutrina diferente para os dois casos.

As razões do direito de preferência são até idênticas: no art. 1.566.º visa-se a favorecer a propriedade singular, para evitar as dificuldades e complicações da propriedade comum; no art. 11.º da Lei 1.662 quere-se favorecer a situação de o prédio onde está instalado o estabelecimento comercial ou industrial pertencer ao dono dêste estabelecimento, dado que o estabelecimento aumenta o valor do prédio, e que é conveniente ser do comerciante ou industrial o prédio onde está instalado o seu estabelecimento. Em ambos os casos se pretende, assim, obstar aos conflitos de interesses entre duas ou mais pessoas com direito relativamente à mesma coisa, provocando a junção de todos estes direitos no poder de uma só pessoa.

E ainda que assim não fôsse, o certo é que em ambos os casos há direito de preferência, e do mesmo modo que não é prejudicado êste direito com o distrate da compropriedade, também não deve sê-lo na hipótese do art. 11.º da Lei n.º 1.662. O que o art. 1.566.º § 3.º mostra é, de acôrdo com a orientação doutrinal e jurisprudencial que consagrou, que o direito de preferência nasce com o acto da venda: se é assim no caso do art. 1.566.º, porque não o será no do art. 11.º da Lei n.º 1.662?

Nem esta doutrina do art. 1.566.º § 3.º pode considerar-se de carácter excepcional, de maneira a não poder aplicar-se por analogia (Código Civil, art. 11.º).

Com efeito, não há princípio algum que ela venha contrariar.

O problema é de saber quando nasce o direito de preferência: no momento da venda, ou no da propositura da acção? Seja qual fôr a solução que a êste problema se dê, é manifesto que não pode reputar-se contrária a qualquer princípio geral.

A solução adoptada pelo Decreto n.º 19.126 pode ser *de jure constituendo* a melhor, mas forçoso é reconhecer que há razões

sérias em seu favor, e julgamos mesmo que é a solução preferível.

Não pode dizer-se, como faz o Direito (loc. cit.), que, distratado o contrato, cessa a causa do direito de preferência, porque isto é dar como assente o que precisamente se trata de demonstrar: isto é, que o direito de preferência só com a acção judicial se adquire; se êste direito se adquire logo que a venda se realiza, o distrate posterior não pode prejudicá-lo, porque, sem ofensa dêsse direito, não pode já remover-se o acto que lhe deu origem.

Ora o art. 1.566.º do Código Civil ou o art. 11.º da Lei n.º 1.662 ou outros onde se concede o direito de preferência não dizem que êste direito nasça com a acção judicial; o direito é até anterior à venda, porque ao titular do direito de preferência deve dar-se conhecimento do projecto de venda para preferir, querendo; e, quando êste conhecimento não tenha sido dado, a acção é apenas o *exercício* do direito, o qual resulta, assim, da venda.

O facto de que a lei faz depender o direito de preferência é o projecto de venda (se se dá conhecimento dêle) ou a venda sem conhecimento (no caso oposto). Nada mais exige a lei. A acção é já exercício dêste direito e o seu efeito é a colocação do autor no lugar do comprador, quando a sentença seja favorável.

Vistas assim as coisas, a venda faz surgir um direito, em virtude do qual o seu titular pode, intentando uma acção e sendo ela julgada procedente, ser colocado na posição do comprador.

É, portanto, com a venda, e não com a acção, que aquele se adquire (1).

Em favor desta solução, que tem como efeito privar de eficácia para o preferente, as alterações posteriores do contrato, pode dizer-se ainda que não seria razoável que o preferente pudesse

(1) Nos direitos francês e italiano é desconhecido o direito de preferência com a natureza do nosso ou com natureza aproximada. No direito alemão, a doutrina dominante considera o direito de preferência dos §§ 50.º e segs. e 1094.º do Código civil como nascendo com a venda, de modo que posteriores alterações do contrato, o seu distrate ou novos encargos são ineficazes para o preferente. Vid. especialmente CERTMANN, SCHULDVERHALTNISSE, II, § 505, págs. 684; WOLF, Sachenrecht, (no Lehrbuch des burgerlichen Rechts de Enneccerus, KIPP e WOLF), 5.ª ed., § 126, págs. 421; COSACK e MITTELS, Lehrbuch des burgerlichen Rechts, 7.ª e 8.ª ed., II, § 73, pág. 73.

ser prejudicado com acordos posteriores das partes. Realizada a venda, pode o preferente exercer o seu direito, intentando a respectiva acção dentro do prazo de seis meses (art. 1.566.º, § 4.º); se o não exerce imediatamente, é porque a lei lhe faculta exercê-lo mais tarde até fim dos seis meses, prazo dentro do qual estudará naturalmente se a preferência lhe convém, se poderá arranjar dinheiro, etc.

Será razoável que, alterado ou desfeito depois o contrato, veja os seus cálculos arruinados, ou que fique prejudicado só porque usou do direito que a lei lhe dava, de esperar seis meses antes de intentar a acção?

Note-se, por outro lado, que o alienante tinha o dever de dar conhecimento do projecto da venda ao preferente e que, se tivesse cumprido esta obrigação, o preferente teria adquirido a coisa nas condições primeiramente ajustadas. Porque aquele não cumpriu o seu dever, poderá o preferente ser prejudicado?

Não parece.

Como se vê, há fortes razões em favor da doutrina consagrada no § 3.º do art. 1.566.º De modo algum esta doutrina se afasta de qualquer regra geral de direito, e antes parece uma doutrina justa e digna de aplauso.

É, pois, claro que nada impede a sua aplicação, por analogia, ao caso do art. 11.º da Lei n.º 1.662.

Mas há mais. A aplicação da doutrina do art. 1.566.º § 3.º ao caso daquele artigo parece imposta pela própria disposição dêste parágrafo, onde se diz que «o direito de preferência, em quaisquer casos, não é prejudicado...».

Que casos são estes?

Parece que não podem deixar de ser os casos em que há direito de preferência, tendo aquela fórmula em vista estender a solução formulada no parágrafo a todos os casos de direito de preferência, esclarecendo que ela é aplicável fora da hipótese da compropriedade, como poderá pensar-se, dada a colocação do parágrafo.

Ordenou-se, dêste modo, a aplicação geral da solução do § 3.º do art. 1.566.º solução igualmente útil para os restantes casos de direito de preferência (para os quais o problema se levantara nos

mesmos termos que para a compropriedade), como também se determinou a aplicação geral do prazo para a propositura da acção (art. 1.566.º § 4.º).

4. — Assentemos, pois, que a doutrina do § 2.º do art. 1.566.º é aplicável à hipótese do art. 11.º da Lei n.º 1.662. Resta-nos averiguar se a solução naquele parágrafo formulada para o distrate é de aceitar para a rectificação do preço.

Tem havido algumas hesitações a êste respeito (1). Tem-se afirmado que o § 3.º do art. 1.566.º se refere apenas ao caso de distrate, e não ao de rectificação do preço, devendo, por isso, para êste caso, seguir-se doutrina contrária; e que, se assim não fôsse, se favorecia o locupletamento à custa alheia.

Nenhuma destas razões me parece aceitável.

5. — Não é a primeira, porque se é certo que o § 3.º do art. 1.566.º só fala em distrate, não o é menos que a mesma solução é igualmente justificável para a hipótese de rectificação. As hipóteses são análogas e devem, portanto, resolver-se de maneira idêntica (Código Civil, art. 16.º). Pelo mesmo motivo por que o distrate do contrato não prejudica o direito de preferência, não deve a rectificação do contrato prejudicá-lo.

Na verdade, o distrate não pode evitar o direito de preferência, porque êste direito se considera adquirido com a realização do contrato; ora, se o direito se adquire com o contrato, como poderão os contraentes, depois desta aquisição, rectificar o contrato sem a intervenção do preferente, atingindo o direito dêste? Se o direito é seu desde o momento da venda, como poderão os contraentes, sem consentimento do preferente, realizar novo acôrdo, do qual resultaria uma modificação ou a extinção daquele direito?

Se a rectificação pudesse ser eficaz em face do preferente, não se explicaria como o não poderia ser também o distrate; e se o

(1) Decidiram que a rectificação é eficaz para o preferente os acórdãos do S. T. de Justiça, de 15 de Janeiro de 1932, na Col. Of. vol. 31.º, pág. 19 e de 7 de Abril de 1933, na Col. Of., vol. 32, pág. 90 e na Gaz. da Rel., vol. 47.º, pág. 26. Contra, além dos que, já antes do dec. 19.126, assim entendiam, vid. a Gaz. da Rel., vol. 47.º, págs. 27, que sustenta a ampliação, ao caso de rectificação da solução que o § 3.º do art. 1566.º consagrou para o distrate.

distrate não tem por lei esta eficácia, é claro que, do mesmo modo, a não pode ter qualquer rectificação.

Seguindo-se opinião diferente, estaria achado um meio para frustrar o direito de preferência e os fins da disposição do § 3.º do art. 1.566.º As partes sabem agora que o distrate não evita o direito de preferência; pois, em vez de distrate, rectificarão o contrato, elevando o preço a um tal montante que ao preferente não convenha exercer o seu direito. A lei, com o § 3.º do art. 1.566.º, quis pôr um obstáculo ao expediente, a que freqüentes vezes se recorria, de distratar o contrato para impedir o exercício do direito de preferência; com a doutrina que apreciamos estaria aberto o caminho para se alcançar por um lado o que a lei proibiu pelo outro.

Sempre estes problemas do distrate e da rectificação do contrato foram encarados segundo os mesmos princípios. Se o § 3.º do art. 1.566.º resolveu em certo sentido o problema do distrate, no mesmo sentido deve entender-se resolvido o problema da rectificação, desde que a lei não manifestou, quanto a êste, vontade contrária.

6. — Diz-se, em segundo lugar, que com esta solução se favorece o locupletamento à custa alheia.

Mas não é assim, porque esta solução não implica o exercício do direito de preferência pelo preço declarado na primeira escritura, quando êste preço, em virtude de êrro, seja diverso do preço realmente estipulado.

Bem pode acontecer que as partes, por êrro (caso em que haverá êrro na declaração), tenham declarado um preço diferente do preço real, e nesta hipótese deve reconhecer-se-lhes, em princípio, a possibilidade de demonstrarem a divergência entre o preço declarado e o preço real, para o efeito de o direito de preferência só pelo preço real se exercer. O direito de preferência deve exercer-se segundo as cláusulas do contrato, e, portanto, pelo preço realmente convencional, não pelo declarado, quando desconforme com a realidade.

Mas note-se que dizemos «demonstrarem», e demonstrarem contra o preferente, porque não sendo assim, sendo a rectificação feita por contrato, pode suceder que, sob pretexto de divergência

entre a declaração e a vontade, de facto as partes cheguem a alterar o contrato, e não apenas a declarar o que, na ocasião do contrato, realmente quiseram.

Precisamente porque o preferente adquire o seu direito com o acto da venda, não podem os contraentes realizar depois qualquer acôrdo susceptível de atingir aquele direito.

Se pretendem que a declaração constante do documento não traduz a sua vontade real no momento do contrato, só com autorização do preferente ou em conseqüência de decisão judicial proferida em acção na qual o preferente intervenha, poderá declarar-se que o preço real é diferente do que consta do documento (1).

De outro modo, qualquer acôrdo é ineficaz para o preferente.

A situação de facto só pode reconstituir-se com autorização do preferente ou mediante prova feita contra êle: só assim se evita o lôgro do preferente e se respeita o direito que, enquanto se não demonstrar o contrário, adquiriu com o contrato.

Esta é a solução que me parece exacta, e não a de entender que, feito o contrato chamado de rectificação, o preferente deve, em princípio, respeitá-lo, ficando-lhe, porém, salva a possibilidade de provar que o preço efectivamente estipulado é o constante da primeira escritura e não declarado na escritura de rectificação.

Com esta doutrina dar-se-ia uma grave inversão no encargo da prova, e desprezar-se-ia a regra de aquisição do direito de preferência no momento da venda. Se êste direito se adquire com a venda, conforme se mostrou, daí resulta logicamente a ineficácia, para o preferente, de actos posteriores em que não interveio; além de que é muito mais razoável impor aos contraentes o ónus da prova da divergência entre o preço declarado e preço real, do que lançar sôbre o preferente o encargo de provar que a rectificação não corresponde à verdade, uma vez que aqueles, tendo entrado na realização do contrato estão em melhores condições do que o preferente para fornecer tal prova.

Podem, portanto, e em princípio, os contraentes provar contra o preferente que, por engano, se declarou na escritura de venda um preço não correspondente à realidade.

(1) Vid., para o caso idêntico de simulação do contrato, a Rev. de Leg. e de Jur., vol. 57.º, págs. 23.

Mas isto é possível quando, na verdade, só por lapso se tenha declarado um preço diferente do preço real (1).

Se a declaração foi intencionalmente divergente da vontade, se houve simulação no quantitativo do preço, não podem os simuladores valer-se da simulação contra o preferente de boa fé, isto é, contra o preferente desconhecedor da simulação.

Realizada a simulação, não podem os simuladores invocar a simulação contra terceiros de boa fé, cujo direito viria a ser prejudicado com a fixação do preço realmente pactuado. Como muito bem o demonstra o Dr. Beleza dos Santos (2), é inadmissível que os simuladores se prevaleçam da situação contra a legítima confiança que terceiros depositaram na sinceridade da declaração. Não se compreende que os simuladores, autores da fraude, possam invocá-la contra quem confiou nas declarações que fizeram, iludindo as legítimas expectativas nessas declarações baseadas.

Por conseqüência, contra terceiros de boa fé (e o preferente é um terceiro porque adquiriu com a venda o direito de preferência) não podem os simuladores alegar a nulidade do acto simulado, e não podem, pela mesma razão, opôr-lhes à simulação de qualquer elemento do contrato, quando ela não dê lugar a nulidade, mas a uma simples alteração do que se declarou. Não podem proteger-se os autores da fraude contra terceiros de boa fé.

E, se o preferente não estiver de boa fé, não podem os simuladores, constando o acto simulado de documento autêntico, demonstrar a simulação senão com meios de provas dotadas de força probatória plena. A prova testemunhal não é suficiente para êsse fim (Código Civil, arts. 2.426.º e 2.507.º) (3).

Só exibindo documento que prove plenamente ser a vontade real dos contraentes, no momento do contrato, diferente do que

(1) No caso da consulta dificilmente poderá provar-se tal coisa, dadas as declarações feitas não só perante o notário como na Fazenda: em declarações concordes, várias vezes feitas por ambos os contraentes, só raríssimas vezes haverá lapso. Esta circunstância exclui naturalmente (salvo casos excepcionalíssimos) a hipótese de ter havido erro.

(2) DR. BELEZA DOS SANTOS, A simulação, vol. I, págs. 380 e segs.

(3) DR. GUILHERME MOREIRA, Instituições, vol. I, págs. 678; DR. BELEZA DOS SANTOS, obr. cit., vol. II, pág. 146 e segs., vol. I, págs. 367.

declararam, poderá provar-se a simulação. O documento há-de manifestar a vontade das partes na ocasião do contrato; e não uma vontade posterior, ineficaz para o preferente, como vimos.

Observaremos ainda que a circunstância de o preço real não constar da escritura, não é suficiente para dar lugar à nulidade do contrato de compra e venda.

A lei permite que o montante do preço não conste da escritura (Código Civil, art. 1.546.º, Código Comercial, art. 466.º), e, portanto, pode êste montante reconstituir-se por outros meios, salvo os obstáculos já referidos (1).

Vê-se em conclusão, que, provada a simulação (quando é possível e com os meios permitidos por lei) ou o êrro na declaração, o resultado é a rectificação do contrato (2), mas êste resultado é obtido contra o preferente, e não sem a intervenção dêle.

Adriano Pais da Silva Vaz Serra

N. DA R. — Por versar um ponto de direito cujo interêsse e importância mantêm tóda a actualidade, inserimos aqui êste douto parecer proferido em 1934 pelo ilustre Prof. Dr. Adriano Pais da Silva Vaz Serra e que extraímos de brochura então impressa, mas hoje de difícil obtenção.

A Revista da Ordem é grato poder arquivar nas suas colunas um trabalho que pela concisão e clareza com que a doutrina é exposta e pelo rigor jurídico dos conceitos, considera notável.

(1) DR. BELEZA DOS SANTOS, obr. cit., págs. 366 e 367; Rev. de Leg. e Jur., vol. 55.º, págs. 60.

(2) Nestes termos, e no caso de haver êrro na declaração, o art. 665.º do Cód. civ., se fôsse aplicável à hipótese, seria perfeitamente respeitado. O que não pode admitir-se é a rectificação feita pelos contraentes sem intervenção do preferente, que é o principal interessado.