

O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Pelo Dr. AMILCAR SIMÃO SARAIVA

NOÇÃO GERAL DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

NO mundo das relações sociais que a Lei orienta e guia como leme, sempre no sentido da perfeição, surgem, por vezes, situações nas quais há interesse público que a Lei intervenha, não já somente com a função de simples orientadora, mas com todo o seu império, concedendo poderes e impondo restrições, visionando sempre, porque é o seu fim último, o bem geral.

Não nos passa despercebido que, desde sempre, o homem teve e terá uma feição caracteristicamente egoísta e, como tal, sente apêgo ao que é exclusivamente seu, sente elevada a sua condição social como senhor de bens que livremente lhe pertencem, e daí o seu estímulo e retemperança para uma maior actividade e esforço para o consequente desenvolvimento da propriedade, quando dela pode ser senhor absoluto.

Mas, se o que se expõe não deixa de ser uma razão originária do aparecimento, desde remotas legislações, «dos direitos de preferência», consideremos também que é na verdade a propriedade, na sua forma desonerada e individualista, a que melhor administração oferece e, consequentemente, a que melhor pode desempenhar a sua função social.

As razões apontadas acresce que a compropriedade é, muitas

vezes, motivo de desentendimentos e discórdias, e assim, causadora de um mal social.

Não admiremos, pois, que a Lei intervenha para, quanto possível, dar à propriedade a forma perfeita e individualística.

Procura a Lei dar a forma individualística à propriedade quando, no caso da existência de vários comproprietários, faculta a estes a preferência na compra da quota que algum deles queira alienar — art. 1.566.º do Código Civil.

Procura dar-se à propriedade uma forma perfeita e individualística nos arts. 1.566.º, 1.678.º, 1.708.º, 2.195.º, § 1.º e 2.309.º § 1.º, quando concede a preferência recíproca nas alienações de quotas indivisas, de propriedade enfiteutica, de censo reservativo, e de quinhão ou ainda no caso de alienação ou arrendamento a longo praso de prédios encravados.

Em tais casos apontados não só se tem em vista libertar a propriedade de encargos que a onerem para a tornar livre e alodial, como ainda nitidamente se vê o intuito da «mens legis», tornar una, simples e individual a propriedade com vários titulares, a fim de dar maior viabilidade ao seu desenvolvimento e perfeição.

Postas estas considerações e sabido assim porque surge nas várias legislações «o direito de preferência», podemos definir este direito :

como a faculdade atribuída ao seu titular para que, dadas certas condições, possa adquirir para si uma coisa ou direito que se alienou a outrem.

Trata-se duma noção abstracta e geral que não deixa, no entanto, de ser exacta pelo seu conteúdo aplicado a cada caso concreto.

Com ela nos propomos analisar mais adiante os vários direitos de preferência na nossa actual legislação.

*

Os direitos de preferência vão mergulhar as suas raízes nas velhas Ordenações Afonsinas quanto ao nosso direito, obtendo na nossa actual legislação consagração e desenvolvimento.

Nos outros países, como na Itália, França e Espanha, também os direitos de preferência têm larga aceitação nas legislações actuais.

NATUREZA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Observando o direito de preferência no seu aspecto extrínseco, nada mais constatamos, à primeira vista, senão se trata dum poder ou faculdade que a Lei confere a quem se encontre em determinadas situações jurídicas previstas pela Lei.

Assim, e neste pensamento, é que o consorte em coisa comum tem a faculdade que lhe é conferida por lei de adquirir para si a quota indivisa do seu comparte, dado que este a aliene a outrém e aquele se prontifique a adquiri-la *tanto por tanto*.

Não se trata, à primeira vista, senão de simples poder que a Lei confere; porém, analisado este poder ou faculdade mais atentamente, observaremos que estamos em face dum verdadeiro direito com todos os elementos necessários à sua existência, tratando-se a nosso ver dum direito que existe sob condição, pois, como é óbvio, a sua existência pressupõe necessariamente uma alheação e uma vontade, por outro lado, de adquirir.

Nele existe um sujeito activo, que é o titular da preferência, um sujeito passivo, que é o presumível alheador e um objecto deste direito, que é um «non facere», por parte do sujeito passivo, que consiste em não poder alienar a estranho se o consorte quiser adquirir.

É um direito que julgamos mais de natureza obrigacional, pois em tal relação jurídica, ao direito do sujeito activo vê-se corresponder, directa e imediatamente, uma obrigação do sujeito passivo — o de avisar e o de alienar; e, observando atentamente esta relação jurídica assim identificada, entendemos que o seu objecto imediato é aquela obrigação que impende sobre o sujeito passivo, não se vendo senão que a coisa a preferir é o seu objecto mediato que, como elemento que não faz parte intrínseca da mesma relação, a não pode caracterizar.

Assim concluindo que o direito de preferência é um direito obrigacional, deste conceito advirão consequências importantes

no campo das realizações práticas, nomeadamente se as encararmos sob o ponto de vista da administração dum tal direito, ou ainda quando encaradas sob o ponto de vista do registo e sob outros aspectos.

Julgamos que por o direito de preferência ser um direito de obrigação é um direito renunciável, não podendo jãmais revestir natureza de direito real imóvel ou imobiliário, pois não exige a lei, quanto a um tal direito, as formalidades exigidas para aqueles, quanto ao seu uso ou renúncia.

É nesta ordem de ideias que me parece não ser necessária ao marido a outorga ou autorização da mulher exigida pelo art. 1.191.º do Código Civil, para renunciar ao exercício do direito de preferência; e é ainda neste conceito formado que nos parece não estar tal direito sujeito a registo, porquanto, como claramente é expresso no art. 949.º do Código Civil, estão sujeitos a registo os direitos reais sobre coisas imóveis, e tal direito não é direito real que recaia sobre coisas imóveis.

Queremos referir-nos também, porque é estudo deste capítulo, a que o direito de preferência tem uma *natureza excepcional*.

É princípio tradicional na nossa legislação civil, e pelo que diz respeito ao direito de propriedade, que o proprietário pode dispor livremente da coisa como lhe aprouver, tendo por únicos limites ao livre exercício do seu direito a natureza da própria coisa, a sua própria vontade e a disposição da Lei.

Neste princípio, é por todos sabido que é o poder de alienação o poder essencial e o que radica verdadeiramente a existência dum «animus domini» — do senhor absoluto — que é no que fundamentalmente ainda assenta o conceito de proprietário na nossa legislação.

A corroborar as ideias expostas atente-se que a nossa Lei proíbe a «venda a retro» e que não permite a venda que não confira o poder de alienação.

Não é estranho, pois, ao nosso espírito a protecção que a Lei dá ao poder de alienação. Passe só pela nossa mente que sem a existência dum tal poder a propriedade estagnaria comprometendo-se a sua circulação, e daí a sua finalidade social.

E, observado assim que o poder de livre disposição e aliena-

ção é essencial e indispensável, havemos de concluir necessariamente que qualquer proibição a este poder tem de ser, por força das circunstâncias, um direito de natureza excepcional. A Lei corrobora esta nossa conclusão doutrinária, estabelecendo em cada caso expresso o direito de preferência, em oposição à regra geral, que estabelece a *livre disposição*, no art. 2.167.º do Código Civil.

Um outro aspecto do direito de preferência, que para nós tem interesse, é o de saber se a norma que o estabelece tem a natureza de norma de interesse público ou privado, sendo certo que uma ou outra solução para o problema terá como consequência a mais diversa maneira de resolver as mais variadas hipóteses que o campo das realidades nos oferece.

Assim, pergunta-se :

Pode o comparte em coisa comum alienar o seu direito de preferência que a Lei atribui à sua situação de comproprietário ?

Se os vários comproprietários, em comum acordarem que o direito de preferência que lhes assiste só poderá ser exercido no prazo de 4 meses, a contar do conhecimento da venda e não de 6 meses como estabelece o § 1.º do art. 1.566.º do Código Civil, terá tal acordo validade ?

E se for estabelecido que os preferentes ficarão desobrigados de efectuar o depósito a que se refere a parte final daquele § 1.º, também este acordo terá validade ?

Como é óbvio, as respostas a estas perguntas e às mais que poderíamos formular, só podem dar-se depois de resolvido o problema que apresentamos, ou seja o de saber se a norma em que se funda o direito de preferência é de interesse público ou privado.

Antes de mais necessitamos destringir, para análise do problema, que os direitos de preferência ou advêm da Lei que os estabelece ou resultam dum contrato.

No primeiro caso chamar-lhes-emos *direitos de preferência por disposição da Lei*; e no segundo, *direitos consensuais*, que, como é evidente, a Lei permite e tutela, por virtude do princípio de que a todos é lícito estabelecer nos contratos o que lhes aprouver e que não vá de encontro à Lei — art. 672.º do Código Civil.

Creemos que quando estamos em face de direitos de preferência por disposição da Lei, a norma é de interesse público, pelo que concluímos por uma resposta negativa às perguntas que expusemos, não podendo portanto as partes alterar ou inutilizar os fins da Lei.

Entendemos por outra via que na hipótese de se tratar de direitos consensuais, as partes podem alterar, modificar ou desfazer totalmente os direitos de preferência que acordaram, chegando nós a estas conclusões pelas razões que passamos a aduzir.

Ao pretendermos saber se uma determinada norma jurídica é de interesse e ordem pública ou se a mesma norma é de interesse privado, entendemos ser necessário que ao espírito analítico do intérprete surja a seguinte observação:

Qual a finalidade da norma?

Teve-se com ela em vista alcançar a protecção dum interesse que é colectivo; procurou-se com ela obter a tutela dum interesse que é de ordem social?

Parece-nos que nos casos de direito de preferência por disposição da Lei, assim foi.

Pelas razões que já atrás deixamos em evidência, ao estabelecerem-se os excepcionais direitos de preferência, na nossa actual legislação civil, houve como fim essencial proteger um interesse que é de natureza social geral, porquanto, como é óbvio, não podemos deixar de conceber que tendo a nossa legislação um fundo essencialmente individualístico quanto ao conceito de propriedade, não seja encarado como interesse social geral a disposição que se destina àquela forma individualista e desonerada da mesma propriedade.

Já atrás tivemos a oportunidade de indagar da «ratio legis», ou das razões de ordem social que existiam para que determinadas situações jurídicas da propriedade tivessem tratamento excepcional, e nessa altura tivemos ocasião de apreciar que os desentendimentos que a compropriedade gerava para o bem geral, resultante duma administração individualista, aliadas estas razões à própria maneira de ser do homem — egoísta por natureza, eram motivos sobejos para que se deva ver na Lei, quando estabelece os direitos de preferência, o intuito de fazer regressar a propriedade, quanto possível, à sua forma simples e individua-

lista, o que, pelas razões postas em destaque, nos parece de interesse colectivo ou público.

Não já assim para os direitos de preferência consensuais, que a Lei tutela e defende em obediência ao interesse geral sim, mas em respeito pelas vontades particulares que contrataram, por respeito ao poder de livre disposição.

É assim neste entendimento, que nós julgamos que as partes podem acordar, a seu alvedrio, os direitos de preferência que bem lhes parecer desde que não vão de encontro à Lei (art. 672.º), e que tais direitos, porque não têm em seu favor a tutela duma norma de interesse público, são susceptíveis de se extinguirem, reformarem ou modificarem a aprazimento das partes.

Concluimos este capítulo referindo, como dedução lógica, à evidência, que os direitos de preferência por disposição da Lei em colisão com os direitos de preferência consensuais, prevalecem sobre estes, causando a sua nulidade absoluta, como diz o citado art. 672.º

EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Toda a Lei que reconhece um direito legitima os meios indispensáveis para o seu exercício (art. 12.º do Código Civil), assim salvaguardando a Lei toda a utilidade prática que há em se atribuir a alguém a titularidade dum direito.

Com efeito, ser titular dum direito sem que houvesse o poder de exercibilidade do mesmo direito, o mesmo seria que criar uma fantasia jurídica destituída de qualquer valor real.

Como em quaisquer direitos também os direitos de preferência têm o seu exercício assegurado pela Lei, assunto sobre o qual, ainda que sucintamente, passamos a fazer algumas considerações.

Quando se exerce o direito de preferência?

Já atrás deixámos dito que o direito de preferência é um direito condição, dado que não só a sua existência como relação jurídica criada por Lei implica necessariamente a existência de uma situação jurídica de facto — a propriedade, servidão, etc. — como ainda porque o seu exercício depende dum aconte-

tecimento futuro e incerto que é a alienação da coisa a preferir, parecendo-nos que enquanto esta condição se não efectivar, nada mais poderemos ver naquela relação referida que uma expectativa do exercício do direito nela contido.

O direito de preferência passa assim a poder exercer-se pelo seu titular precisamente no momento em que se realiza a condição de alienação, não devendo pôr-se de parte que o contrato que realiza a condição tem de ser válido, sem o que, como é óbvio, a condição se não realizaria.

Entendemos neste pensamento que se o contrato transferente é nulo ou anulável, não há em tais circunstâncias que exercer o direito de preferência que assiste ao titular, visto não haver uma alienação válida, mas antes há que pedir a declaração da nulidade do contrato ou anular o acto que é afectado de nulidade relativa.

Também importa observar que sendo o contrato condição realizado com todos os elementos necessários à sua validade, o prosseguimento da sua existência, como válido e eficaz, fica dependente do exercício do direito de preferência no prazo legal, do que concluímos que o exercício ou não exercício de direito por parte do titular é condição resolutiva tácita para a validade ou ineficácia daquele contrato condição.

Neste ponto acrescentaremos que se a preferência se efectivou, a nulidade do contrato condição retrotrai-se à data do seu início, devendo dar-se como destituídos de eficácia quaisquer actos de alienação por parte do indivíduo adquirente ou quaisquer onus com que sobrecarregou a coisa preferida.

Tal conclusão não pode deixar de ter-se, não só porque outra resolução diferente traria os mais graves embaraços ao exercício do direito de preferência, o que contraria o art. 12.º do Código Civil, como ainda porque é princípio conhecido que o acto que é nulo «ab initio» não pode produzir efeitos jurídicos.

Notaremos finalmente, para concluirmos a nossa observação, que se a preferência se não realizou, do facto advém uma rectificação tácita ao contrato condicionado, do que resulta o seu prosseguimento e validade para a vida jurídica.

O DIREITO DE PREFERENCIA NA COMPROPRIEDADE DE COISA INDIVISA OU INDIVISÍVEL — ART. 1.566.º DO CÓDIGO CIVIL

É o art. 1.566.º do Código Civil das disposições mais importantes, sem dúvida, sobre matéria de direitos de preferência, isto não só porque nele contém toda a regulamentação de tais direitos, como ainda porque, sendo a disposição de mais amplitude sobre a matéria, é a que maior número de casos da vida real abrange. Sobre esta disposição faremos algumas considerações, após algum estudo e reflexão.

Diz o corpo do art. 1.566.º do Código Civil :

«Não podem os comproprietários de coisa indivisível ou indivisa vender a estranhos a sua respectiva parte, se o consorte a quizer tanto por tanto».

Em primeiro que tudo, surge-nos pela leitura desta disposição esta interpretação que nos parece razoável : que ela se aplica quando dois ou mais indivíduos são contitulares duma coisa que tanto pode ser móvel como imóvel, mobiliária como imobiliária.

A Lei não distingue, e onde a Lei não distingue não devemos nós distinguir ; «ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus». Não é de estranhar e tem a disposição aplicação a um caso de propriedade imobiliário, ao constatarmos, por exemplo, a hipótese de cotitulares dum usufruto.

A seguir refere a disposição que a coisa pode ser divisível ou indivisa, parecendo-nos nesta parte estas expressões bem claras, para entendermos que, ou o objecto da compropriedade não é divisível materialmente sem a perda do seu valor, ou por virtude da Lei, ou então por estar indiviso, isto é, em comum, sendo susceptível de se dividir material e legalmente.

Como é sabido, a hipótese de indivisibilidade ou divisibilidade de objecto na compropriedade só para nós tem interesse se há que resolver o problema da divisão ou partilha entre os com-
partes — art. 1.059.º e segs. do Código de Processo Civil.

«Que não podem os compartes vender a estranhos».

O que deve entender-se por «estranhos» ?

Parece-nos tratar-se de todo e qualquer indivíduo susceptível de ser titular do direito que pretende alienar-se, que não figura como titular na compropriedade. «Estranho» ali terá significação de alheio a qualquer título de compropriedade na coisa comum, não se oferecendo ao nosso espírito dúvida de que não pode ser outra a interpretação gramatical a dar à expressão.

Sendo assim, e porque a disposição não pode senão interpretar-se como disposição excepcional que é, entendemos que não tem a mesma aplicação aos restantes consortes.

Queremos dizer, um consorte pode vender a sua quota parte a qualquer dos outros consortes sem a mínima restrição, como se de venda livre se tratasse, não podendo, sequer, qualquer dos outros, invocar em seu benefício o princípio da hierarquização das quotas estabelecido nos §§ 3.º, 4.º e 5.º do art. 2.309.º, porque não lhes assiste o direito de preferência. Salva-se a hipótese da venda a coherdeiros, a que deve aplicar-se a disposição do § 2.º do art. 1.566.º, nos termos da reforma do Código Civil de 1930.

«Não podem vender a sua respectiva parte».

O que significa a expressão «respectiva parte»?

Entendemos que é a quota de que cada consorte é titular.

Diz-se: «Não podem alienar a respectiva quota».

E se fôr alienada uma parte da quota também é exercível o direito de preferência?

Entendemos que sim, e quanto à parte da quota que se aliena, dado que outra solução contrariava o espírito da Lei e era sempre fácil ao cotitular vender a sua quota por partes, evitando assim a preferência dos outros consortes.

Mas suponha-se agora que o comproprietário, em vez de vender menos, vendeu além da sua quota.

Suponha-se que sendo só titular de um quinto, vendeu um quarto: Quid juris?

Parece-nos, neste caso, que o titular do direito de preferência pode e deve requerer que a venda seja reduzida à quota de que verdadeiramente o alheador poderia dispôr e concomitantemente fazer valer sobre ela o seu direito de preferente.

Finalmente e ainda sobre este aspecto referimos que, se o cotitular alheador dispõe, não agora da sua quota ideal, mas de parte certa e determinada da coisa sem esta lhe ser assinada em partilha, estamos então perante um contrato declaradamente afectado de nulidade, porque ninguém pode dispôr daquilo que lhe não pertence, e o alheador dispôs de parte certa e determinada da coisa comum, que só podia haver como sua, após a divisão e demarcação — «*nemo plus juris in allium transfere potest quam ipse habet*»).

Julgamos, aplicando conceitos já expostos, que em tal hipótese não há que exercer o direito de preferência, por o contrato ser nulo — arts. 1.555.º e 2.177.º do Código Civil —, mas antes há que pedir a anulação do contrato alheador, tendo o exercício do direito de preferência a sua oportunidade tão sòmente quando se realizar expressamente a venda da quota indivisa.

Nestas reflexões poderemos ainda abordar o problema da alienação total da coisa que é comum.

A este respeito entende-se, por vezes, que em virtude de se tratar duma alienação total, não se trata da alienação de parte ou partes alíquotas, e como tal não tem aplicação o art. 1.566.º do Código Civil.

Por outra via, entende-se que se o fim da Lei é, no fundo, dar a forma simples à propriedade que está em comum, não tem a Lei justificação para a hipótese da alinação total, que em tal caso proporciona a melhor forma da propriedade se tornar individualística.

Julgamos a este respeito, no entanto, que um pouco de atenção nos fará ver o problema diferentemente.

Vejamos :

Duas hipóteses, únicas a nosso ver, se podem dar quanto ao problema de alienação total da coisa que é comum :

Ou todos os comproprietários estão de acordo em alienar, não se vislumbrando neste caso a possibilidade do exercício do direito de preferência, porque todos querem alienar e não adquirir; ou todos querem alienar a coisa na sua totalidade a estranho, menos um, por hipótese, e então, neste caso, este consorte que não aliena, tem, a meu ver, seguro e a seu favor o direito de preferência na aquisição total da coisa.

A letra do art. 1.566 é expressa a tal respeito, quando diz :

«Não podem os comproprietários de coisa indivisa ou indivisível vender a estranhos a sua respectiva parte, se o consorte a quizer tanto por tanto».

Neste caso, há comproprietários que querem alienar a sua respectiva parte e há um consorte que pretende adquiri-las. Certamente que a Lei dá ao consorte ou consortes preferentes o poder de preferirem numa só quota ou em quotas vendidas espaçadamente.

Finalmente, não estranhemos que ao único consorte preferente se dê a regalia de poder adquirir para si a totalidade da coisa, uma vez que não é prejudicada a finalidade da Lei.

ABRANGERA O ART. 1.566.º do CÓDIGO CIVIL O CONTRATO DE TROCA ?

O problema nomeadamente quanto ao contrato de troca é muito da actualidade, podendo argumentar-se em favor da inclusão de tal contrato no art. 1.566.º da forma seguinte :

Se no art. 1.594.º do Código Civil se diz que ao contrato de troca se applicam todas as regas da compra e venda excepto na parte relativa ao preço, não há razão para que ao contrato de troca se não aplique o art. 1.567.º, que, como regra da compra e venda que é, não é relativa ao preço.

Pode entender-se também que tal interpretação de modo algum prejudica a natureza excepcional do art. 1.566.º, por não se tratar de qualquer interpretação extensiva ou analógica, mas antes por se tratar de caso de disposição que se contém no seu espírito. Finalmente pode julgar-se que tal interpretação em nada prejudica os fins da Lei, porque o número dos sócios não aumenta e apenas se dá uma substituição.

Esta exposta maneira de ver que é na verdade sugestiva, à primeira vista, não colhe no entanto, em nosso parecer, se as coisas forem olhadas com verdadeira atenção ; e assim, se o argu-

mento for aproveitado ao invés para opinião oposta, pensando com boa lógica do modo seguinte :

Se o art. 1.594.º do Código Civil diz que ao contrato de troca se aplicam as disposições do contrato de venda, excepto aquelas relativas ao preço, como pretende aplicar-se a tal contrato o excepcional direito de preferência, se em tal direito o preço é elemento a considerar indispensavelmente, para que tal direito exista se efective ?

Que preço teria que depositar o preferente ao tratar-se duma troca ?

Pois não se vê que o próprio art. 1.594.º exclui a aplicação ao contrato de troca do § 1.º do art. 1.566.º onde se trata do exercício do direito de preferência e que é disposição relativa ao preço no contrato de venda ?

Consideramos também que a disposição é excepcional e que referindo sòmente a venda, que aliás caracterizou com todos os seus elementos, não se pode evidentemente aceitar que o seu espírito abranja também a troca, amenos que quizessemos usar da interpretação analógica para uma disposição que é de natureza excepcional.

Finalmente consideremos que o fim último da disposição é reduzir o número dos consortes até ser atingida a forma simples da propriedade e, não visa, como se pretende, a sua substituição.

Não nos esqueçamos daqui referir que é frequente na prática usar-se o contrato de troca como disfarce de venda, para assim se evitar o exercício do direito de preferência.

Em tais casos, como é evidente, estamos em face de contratos simulados, que, como é sabido, não obstem ao exercício daquele direito. Restaria então provar que houve uma verdadeira venda, com preço estipulado, inclusivamente.

O DIREITO DE PREFERÊNCIA EM CASOS DE SERVIDÕES — ART. 2.309.º DO CÓDIGO CIVIL

Também quando existem prédios onerados com servidões, como preceitua o art. 2.309.º do Código Civil, tem lugar, excepcionalmente, o direito de preferência, observando-se aqui, como

nos outros casos, sempre o mesmo intuito do legislador, em libertar a propriedade de situações jurídicas não aconselháveis, para lhe dar, quanto possível, uma forma livre e de individual administração.

A propriedade onerada não só se desvaloriza quanto ao seu préstimo económico e social, como ainda é com frequência o motivo de desentendimentos e desavenças.

Exerce-se tal direito, no caso de venda, particular ou judicial, na dação em pagamento, no aforamento ou arrendamento por tempo superior a 10 anos do prédio dominante ou serviente, daqui se inferindo a preocupação do legislador em dar a este direito a maior amplitude possível.

O ART. 2.309.º REFERIR-SE-A TAMBÉM A PRÉDIOS URBANOS?

Esta questão tem a sua razão de ser em leis anteriores, como a Lei n.º 1.621, de 9 de Junho de 1924, onde se falava não de prédios encravados, mas de terrenos encravados.

O próprio Código Civil e mais tarde a Reforma de 1930, deram redacção diferente ao art. 2.309.º falando de prédios encravados, e tanto basta para estar à evidência que o legislador quis deliberadamente não só abranger os terrenos — prédios rústicos — mas também os prédios urbanos, uma vez que não faz qualquer distinção.

IA SERVIDÃO TEM DE ESTAR CONSTITUÍDA — § 1.º DO ART. 2.309.º

Na realidade, para que se exerça o direito de preferência contido no § 1.º do art. 2.309.º, é necessário que a servidão esteja constituída seja qual fôr o título da sua constituição, exigindo a Lei, como é óbvio, um título legal, contrato, prescrição, testamento, constituição judicial ou ainda por disposição do «pater família», como se refere no art. 2.274.º

É de interesse este ponto, por ser muito frequente a questão da legalidade da servidão quando se pretende exercer a preferência consignada no art. 2.309.º, constituindo tal circunstância, em geral, obstáculo a considerar para o exercício de tal direito, ao lado de tantos outros.

Finalmente, quanto à hierarquização dos direitos de preferência no seu exercício e que especialmente surge quando são vários os prédios servientes, circunscrever-nos-emos a dizer que o assunto se encontra tão claramente exposto no § 2.º do art. 1.566.º e nos vários §§ do art. 2.390.º, que não admite controvérsia.

O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA ENFITEUSE

— Art. 1.678.º DO CÓDIGO CIVIL

Neste como nos outros casos em que se estabelecem os direitos de preferência, do mesmo modo se vê, como finalidade do Legislador, dar à propriedade a forma simples, para ter lugar uma administração única.

Repare-se que a disposição é expressa em considerar somente a venda e a dação em pagamento, excluindo o contrato de troca, razão pela qual, tanto o senhorio como o enfiteuta, podem permutar os seus direitos sem que se torne necessário proceder ao aviso a que a mesma disposição se refere, pois que a nenhum deles assiste, em tal hipótese, o direito de preferência.

Achamos perfeitamente razoável a inclusão da dação em pagamento, que aliás não contestámos quando estudámos o art. 1.566.º, por tal contrato não ser mais, no fundo, que uma modalidade da venda.

É interessante notar que a preferência resultante do art. 1.678.º, é vedada às pessoas morais, conforme o que se dispõe no art. 1.679.º; entendendo por nossa vez que tal proibição vai até à hipótese de se tratar duma arrematação judicial da coisa a preferir, pois o artigo tem de aplicar-se em toda a sua extensão.

O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA SUBENFITEUSE — ART. 1.703.º DO CÓDIGO CIVIL

Não tem para nós interesse de maior fazer estudo dos direitos de preferência na subenfiteuse, visto o Código Civil ter proibido de futuro a constituição de tais contratos.

Se nalguma coisa interessa o art. 1.703.º, é para a hipótese dos contratos desta natureza de pretérito, nele se encontrando expresso claramente o desdobramento dos vários direitos de preferência com relação ao enfiteuta, subenfiteuta e senhorio directo.

O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA HERANÇA INDIVISA — ART. 2.015.º DO CÓDIGO CIVIL

Se um dos herdeiros aliena a sua parte alíquota a um estranho, podem os outros herdeiros na mesma herança exercer o direito de preferência.

Tal afirmação não está expressa na Lei, mas ela existe implícita no art. 1.566.º do Código Civil.

Os herdeiros da herança, ainda não partilhada, vivem juridicamente como verdadeiros comproprietários, e como tal têm o direito de exercer a preferência quando algum dos herdeiros aliena a sua parte alíquota a um estranho.

Também o art. 2.015.º do mesmo diploma nos ajuda a confirmar estas ideias, dizendo que os herdeiros em conjunto têm um direito indivisível quanto à herança, situação jurídica que aliás é prevista expressamente pelo art. 1.566.º ao falar de comproprietário de coisa indivisível.

Poderá o legatário exercer o direito de preferência a que nos vimos referindo?

Entendemos que não.

O legatário não um coherdeiro que tenha uma parte alíquota na herança, que viva juridicamente e até de facto como comproprietário e a que tenha de aplicar-se, portanto, o art. 1.566.º do Código Civil. Por sua vez tem já a sua parte certa e determinada, de que, a nosso ver, pode dispôr livremente e sem qualquer res-

trição quanto a preferências, a menos que o objecto do legado o envolva numa situação de comproprietário ou em qualquer outra situação em que o direito de preferência tenha lugar.

Poderá o crédor subrogar-se nos direitos do herdeiro preferente no caso de repúdio da herança ?

Neste ponto existem divergências :

Há quem sustente que o art. 2.040.º subroga o credor em valores económicos e com o fim de o compensar e garantir os seus créditos. O direito de preferência, não sendo um valor económico, mas antes um certo privilégio atribuído aos consortes, não podia ser considerado na subrogação.

Por outra via, entende-se que o direito de preferência é estabelecido em favor dos consortes e não de estranhos — na hipótese os credores — , acrescentando que seria desvirtuado o fim da lei ao criar os direitos de preferência para os consortes em coisa comum.

Esta opinião que é sugestiva e que aparentemente convence, é, no entanto, errada, a nosso ver, nela se pondo o problema deslocadamente.

Repare-se que se o credor intenta a acção subrogatória e a sentença lhe é favorável, ele fica ipso-facto verdadeiramente na situação de comproprietário, a quem, desde logo, indiscutivelmente, passarão a ser applicadas todas as regras da compropriedade.

Amilcar Simão Saraiva