

SUBARRENDAMENTO E DIREITOS DE PREFERÊNCIA NO NOVO REGIME DO ARRENDAMENTO URBANO

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

A — SUBARRENDAMENTO

I — CONFIGURAÇÃO

O novo diploma sobre arrendamento urbano, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, dedica especificamente ao subarrendamento uma secção que abrange os arts. 44.º a 46.º. Não se afasta sensivelmente do direito anterior.

O subarrendamento é uma manifestação da *sublocação*, regulada nos arts. 1060.º a 1063.º do Código Civil. Por outro lado é manifestação do *subcontrato*, que é o contrato outorgado pelo beneficiário de contrato anterior, que cria em benefício de terceiro uma nova posição análoga à sua.

Como é próprio do subcontrato, o subarrendatário não sai da relação. Cria-se assim uma cadeia anómala e com vários pontos de atrito potencial mas que nos dispensamos de examinar enquanto não tiver relevância especial perante a nova lei. O que interessa acentuar é que o subarrendamento concedido pelo arrendatário é um verdadeiro arrendamento.

Pelo art. 1065.º do *Código de Seabra*, quando no contrato não houvesse cláusula proibitiva de sublocação, o arrendatário podia sublocar livremente o prédio, permanecendo todavia na rela-

ção e sendo responsável pelo pagamento da renda. Essa possibilidade veio a ser excluída para o arrendamento urbano já pela Lei n.º 1662, de 4 de Setembro de 1924 e mais tarde para o arrendamento rural. O art. 1101.º do Código Civil de 1966 proclamou com generalidade o princípio da dependência do subarrendamento de autorização do senhorio (1); o art. 1038.º/f previa a obrigação do locatário de não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa, salvo cláusula em contrário: e considerava formas defesas a «cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato».

A nova lei do arrendamento prolonga esta situação. E assim se prolongarão também os problemas de *distinção de figuras afins*, como a da aceitação de hóspedes, que é limitadamente permitida. Surgem também dificuldades em hipóteses em que se acolhem graciosamente pessoas em casa sem excluir a residência do arrendatário, por exemplo (2).

As exceções admitidas são:

- 1) o consentimento do arrendatário
- 2) a disposição legal permissiva

Manifestação desta última categoria seria o art. 5.º/2/d, que prevê os subarrendamentos totais feitos por período correspondente à ausência temporária do arrendatário. Remete para o art. 64.º/2/b, que excepciona a possibilidade de resolução do contrato por o arrendatário ter o prédio desabitado há mais dum ano ou não ter nele habitação, se o arrendatário se ausentar por tempo não superior a dois anos, em cumprimento de deveres militares, ou no exercício de outras funções públicas ou de serviço particular por conta de outrem, e bem assim, sem dependência de prazo, se a ausência resultar de comissão de serviço público, civil ou militar por tempo determinado. Temos assim que, na medida em que pode deixar o local desabitado, o arrendatário pode também fazer o subarrendamento total.

(1) Veja-se, para a sublocação em geral, o art. 1061.º C.C..

(2) Sobre esta figura, cfr. por exemplo Eridano de Abreu, *Rev. Ord. Adv.*, 1984/1-95.

Mas o art. 5.º/2/d, após remeter para o art. 64.º/2/b, acrescenta: «e com a autorização escrita do senhorio».

Há duas possibilidades de interpretação desta adenda:

a) a al. d abrangeria duas exceções: quer os subarrendamentos totais feitos nos termos do art. 64.º quer os autorizados pelo senhorio

b) a al. d excepcionalia da aplicação da lei só os subarrendamentos totais feitos nos termos do art. 64.º, mas isso não implicaria que a realização destes fosse independente da autorização do senhorio.

Em termos meramente lógicos, esta segunda interpretação é de preferir, porque da regra da submissão do subarrendamento a disposições especiais não se retira que esse subarrendamento seja livremente permitido. Mas em termos valorativos a outra interpretação é preferível porque a não ser assim matava-se a vantagem que se queria outorgar ao arrendatário: tudo dependeria da discricionariedade do senhorio. Por outro lado, violaria o princípio da função social impor que os locais se mantivessem desocupados durante a ausência justificada do arrendatário.

A exclusão desta figura do regime especial desta lei implica a aplicação dos princípios gerais sobre locação bem como, nos termos do art. 6.º/1, a aplicação dos preceitos aí especificados do regime do arrendamento urbano.

II — REQUISITOS

A autorização para subarrendar está sujeita à forma requerida para o contrato de arrendamento a que se refere. Deve pois ser dada por mero escrito ou por escritura pública, esclarece agora o art. 44.º/1, completando o art. 1101.º/1 C.C.. Somos em geral contra o formalismo no arrendamento, mas a posição aqui tomada é coerente com a opção legal no que respeita à forma do contrato de arrendamento. E há até um abrandamento considerável neste caso, como veremos a seguir.

A lei dá relevo ao *reconhecimento* do subarrendatário pelo senhorio (art. 44.º/1). Este preceito corresponde ao art. 1101/2 C.C., mas eliminou-se a frase: «ainda que falte escritura pública».

De facto, quer falte o consentimento quer falte a forma, o subarrendamento é juridicamente não autorizado: mas em qualquer caso permite-se que a falta de consentimento seja suprida pelo reconhecimento.

Como se realiza esse reconhecimento? Pode ser ou não expresso: e não está dependente de forma nenhuma. O art. 44.º/2 parece assim manifestação da exclusão dos comportamentos contraditórios, mas tem o significado especial de permitir *superar uma invalidade formal*. De facto, não torna apenas eficaz o subarrendamento em relação ao senhorio: vai mais longe, valida o próprio contrato.

O que é «reconhecer o subarrendatário como tal»? Basta que o senhorio conheça a situação de subarrendamento? É o que parece resultar do art. 60.º/2, que fala em o senhorio ter «conhecido» o subarrendatário como tal. Se o senhorio conhece e se conforma, reconhece.

Podem surgir dúvidas em casos como o de ser o subarrendatário quem se apresenta a pagar a renda ao senhorio. Aí não haverá que ser demasiado complacente. Como o senhorio não tem interesse em recusar a renda de terceiro, o facto de receber uma renda do subarrendatário não implica por si que ele tenha reconhecido o subarrendatário como tal.

Mas há ainda um novo requisito para que o subarrendamento seja oponível ao senhorio: a *notificação* deste, nos termos do art. 1038.º/g C.C.. A lei aqui é particularmente rígida. A notificação tem de se fazer dentro de 15 dias, pressupondo-se evidentemente que a sublocação foi autorizada. Não sendo feita, o arrendatário pode ser despejado. É uma consequência gravosa demais para uma irregularidade formal, de que não resulta prejuízo de monta para o senhorio. Em conformidade, o art. 60.º/2/b manda sobrestar no despejo, se for apresentado ao executor título de subarrendamento, e documento comprovativo de haver sido requerida no prazo de 15 dias a respectiva notificação ao senhorio.

III — REGIME

As limitações constantes do regime geral da locação aplicam-se ao subarrendamento. É particularmente importante a proibição,

constante do art. 1062.º C.C., de o arrendatário receber do subarrendatário renda 20 % ou mais superior à que paga ao senhorio. Refere-o o art. 64.º/1/g, entre as causas de resolução do contrato de arrendamento.

Suscita-se o problema, no caso de haver várias sublocações, de saber se é de tomar em conta cada renda, *ou o total das rendas*. Antunes Varela sustenta esta última posição ⁽³⁾, mas parece-nos ir contra a *ratio legis*. O que se pretende é evitar que a locação seja especulativamente usada como um meio de o locatário se locupletar através da exploração da propriedade alheia. Para esse efeito é irrelevante que a renda assim proporcionalmente aumentada se retire dum subarrendamento só ou de muitos. Em qualquer caso, há um proveito injustificado tirado de bens alheios e portanto funciona a regra do art. 1062.º C.C..

A violação das obrigações do arrendatário proporciona ao senhorio a resolução do contrato, nos termos do art. 64.º/1/f e g. Na primeira alínea distingue-se o subarrendamento ilícito, inválido por falta de forma ou ineficaz em relação ao senhorio. É de supor que se contemplem respectivamente o subarrendamento não autorizado, o autorizado mas que não revestiu a forma legal e aquele que é apenas ineficaz por não ter sido notificado ao senhorio. Estas regras aplicam-se aliás também aos casos de o arrendatário ter, nas mesmas condições, emprestado ou cedido a sua posição contratual.

IV — EXTINÇÃO

Já falámos da resolução, a propósito do regime. A lei contém ainda um preceito específico no art. 45.º, que reproduz o art. 1102.º do Código Civil. *O subarrendamento não sobrevive à extinção do arrendamento*. Qualquer que seja a causa dessa extinção, se o arrendamento termina, termina o subarrendamento, porque este vive nos termos daquele.

(3) *Código Anotado*, II, *sub art.* 1062.º.

Isto não tem nada que ver, note-se, com o *reconhecimento do contrato* pelo senhorio. O reconhecimento permite que o subarrendamento seja legal, mas não lhe permite perdurar para além do arrendamento em que se funda. A lei qualifica esta situação como de caducidade: não é pois necessário ao senhorio resolver as sublocações existentes.

O princípio do subcontrato é o de que a posição do subcontratante está na dependência do contrato principal. Se aquele se extingue, o subcontrato não pode deixar de se extinguir, porque foi feito nas forças e limites do contrato principal.

O art. 1102.º do Código Civil estabelece por isso o princípio de que o subarrendamento caduca com a extinção, *por qualquer causa*, do contrato de arrendamento — sem prejuízo de responsabilidade do sublocador para com o sublocatário, quando o motivo da extinção seja imputável àquele. A lei quis ser categórica, pois seria anómala uma situação em que o senhorio, uma vez resolvido o contrato, deparasse com a oposição de alguém cuja posição só se poderia basear no contrato resolvido.

Esta é a situação normal, também em países estrangeiros. Assim, nos termos do art. 1595.º do Código Civil italiano, a nulidade ou a resolução do contrato de locação tem efeito também em relação ao sublocatário, e a sentença pronunciada entre o senhorio e locador também tem efeito contra ele. Isto sem prejuízo das pretensões que o sublocatário possa opor ao locador (4).

Assim, temos que por inteira aplicação das regras gerais a resolução do contrato com o arrendatário se repercute automaticamente sobre as situações dos sublocatários. Os contratos de subarrendamento extinguem-se também e o senhorio tem o direito de haver para si a totalidade do prédio.

Desinteressa examinar aqui qual o mecanismo processual. O que é importante é que o senhorio não precisa de intentar a acção também contra os subarrendatários. Pode ignorá-los; a sen-

(4) Cfr. sobre esta matéria Provera, Giuseppe, em *Locazione — Disposizioni generali*, no *Commentário*, de Scialoja Branca, Zanichelli, *II foro italiano*, 1980, sub arts. 1594.º e segs..

tença terá efeitos automaticamente contra estes, como a lei italiana tornou explícito (5).

O art. 60.º/2, que já conhecemos, pode criar perplexidade. Já vimos que se manda sobrestar no despejo se for apresentado título de subarrendamento. O processo irá então ao juiz, que decidirá.

Significa isto que o subarrendamento válido e eficaz sobrevive à extinção do arrendamento? Não. Significa apenas que o subarrendatário tem então a possibilidade de se fazer ouvir. Mas se não apresentar alguma razão válida em contrário, o subarrendamento não deixa de ser arrastado pela queda do arrendamento (6).

Entre essas razões está o acto do senhorio que tiver dado estabilidade ao subarrendamento, de modo que este subsista para além do arrendamento. Isso é possível, em virtude da autonomia privada. Mas é um acto diferente do do reconhecimento do subarrendamento e que nunca se deve presumir estar implícito neste. Só nesse caso o subarrendamento sobrevive para além do direito em que se funda (7).

O subarrendamento extingue-se mesmo quando o arrendamento se extinga por acto arbitrário, e até ilícito, do arrendatário. Assim, o subarrendamento não deixa de se extinguir se hou-

(5) Cfr. também Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Anotado*, II, sub art. 1102.º, n.º 3. A lei portuguesa, recorde-se, é muito aberta na admissão da substituição processual. O art. 271.º do Código de Processo Civil admite que, em caso de transmissão da coisa ou direito litigioso, o transmitente mantenha a legitimidade e a sentença produza efeitos em relação ao adquirente. Por maioria de razão assim se passará quando tiver havido a mera oneração da coisa ou a constituição dum subdireito.

(6) Seria inaceitável considerar-se que, se o subarrendatário não tiver sido igualmente demandado, a decisão não é eficaz relativamente ao subarrendatário e este passa a arrendatário directo perante o locador. A consequência de não ter praticado um acto processual que não é obrigatório é só processual: teria de intentar nova acção contra o subarrendatário. Não se pode traduzir na gravíssima consequência substantiva de ter de reconhecer um novo arrendatário.

(7) Outra justificação para que a apresentação de título de subarrendamento faça sobrestar ao despejo poderá encontrar-se no eventual direito do subarrendatário a novo arrendamento, em caso de caducidade do contrato por morte do arrendatário, que examinaremos depois.

ver uma renúncia do inquilino ao arrendamento. As consequências estabelecidas por lei são meramente internas: o subarrendatário pode volver-se então em perdas e danos contra o locatário, quando o motivo da extinção for imputável a este ⁽⁸⁾.

Pode suscitar-se também o problema de o subarrendatário adquirir a propriedade do prédio.

Nesse caso, não se extingue automaticamente o subarrendamento, porque o subarrendatário, apesar de proprietário, tem interesse prático em continuar no gozo do prédio. Quanto a nós, isso é mera consequência do princípio de que a confusão da titularidade de vários direitos reais sobre a mesma coisa não se produz quando houver em contrário um interesse prático.

Diz porém Antunes Varela que desaparece a renovação obrigatória do contrato ⁽⁹⁾. Não descobrimos o fundamento desta afirmação, porque quer o contrato de arrendamento quer o de subarrendamento se mantêm perfeitos e autónomos depois da aquisição da propriedade do local.

Enfim, dá-se a possibilidade da substituição tácita do subarrendador pelo senhorio, em caso de extinção do direito de arrendamento. O art. 46.º/2 reproduz o art. 1103.º/2 C.C., permitindo que o subarrendatário seja tido como arrendatário directo. Mas para isso não basta o reconhecimento do subarrendatário pelo senhorio: é necessário que o senhorio receba renda do subarrendatário.

Mas a lei ainda é mais restritiva. Não basta que o subarrendatário se apresenta a pagar a renda, após a extinção do arrendamento. Qualquer um pode pagar. E ainda que o senhorio saiba da extinção do arrendamento e receba a renda e passe o recibo

⁽⁸⁾ Suscitam-se também problemas de legitimidade processual. Um Ac. da Rel. do Porto, sumariado em BMJ 380, 537-538, considerou que o titular de subarrendamento eficaz tem legitimidade em acção de despejo. Se não tiver sido demandado, pode embargar. O senhorio poderá então invocar contra ele algum dos fundamentos da resolução e pedir a confirmação da sentença. Se o subarrendatário não responder, será condenado. O aresto causa perplexidade, pois parece subentender que o arrendamento sobrevive à extinção do arrendamento, de modo que o senhorio teria de invocar contra o subarrendatário causas autónomas de resolução para obter a extinção do contrato.

⁽⁹⁾ *Código Anotado*, II, *sub* art. 1062.º, 588.

em nome do arrendatário, o preceito não funciona. É necessário que o senhorio reconheça o subarrendatário como arrendatário, e portanto que passe recibo em nome deste como arrendatário. O problema tem particular acuidade nos primeiros tempos após a extinção do arrendamento, em que a recepção da renda e a passagem dos recibos em nome do antigo arrendatário pode ser devida a inadvertência. Cai-se assim numa situação transitória, em que não haverá que facilitar a formação de arrendamentos tácitos, porque não se pressupõe a consciência de que se admite o subarrendatário como novo arrendatário.

V — SUBARRENDAMENTO TOTAL E PARCIAL

O subarrendamento pode ser total ou parcial.

Mas o subarrendamento, particularmente o total, é visto com desfavor pela lei. O arrendatário deixou de desempenhar qualquer função social, é meramente uma figura parasitária que vive da exploração especulativa de bens alheios.

O art. 64.º/1 prevê uma reacção típica, no caso de subarrendamento total: o senhorio pode substituir-se ao arrendatário, passando o subarrendatário a arrendatário directo. Reproduz o art. 1103.º/1 C.C..

Através de mera notificação judicial, dá-se a resolução do primitivo arrendamento. Mas então o senhorio passa a relacionar-se directamente com o subarrendatário, com quem passa a estabelecer uma relação de locação.

Não quer dizer que não surjam problemas. Que contrato passa a vigorar entre ambos? Dir-se-á que não será o de *subarrendamento*, pois o senhorio é alheio a este. Mas se é o de *arrendamento*, como conciliar com a afirmação de que este ficou resolvido? E que acontece se a renda do subarrendamento for superior à renda do arrendamento? E se for inferior?

Também aqui, a teleologia do preceito é decisiva. O preceito é estabelecido em proveito do senhorio⁽¹⁰⁾. Considera-se que é

(10) Cfr. Estelita de Mendonça. *Da Sublocação*, Almedina, 1972, 194 e segs..

este quem tem legitimidade para beneficiar da maior vantagem que é outorgada pelo contrato de subarrendamento. Combina-se assim uma substituição ou sub-rogação do senhorio ao subarrendador com uma resolução do contrato de arrendamento. O senhorio torna-se parte do contrato de subarrendamento em que não interveio. O que acontece é que nessa altura automaticamente o contrato de subarrendamento se converte em contrato de arrendamento. O facto não é estranho, porque como acentuámos o subarrendamento é um verdadeiro contrato de arrendamento ⁽¹¹⁾

VI — DIREITO DO SUBARRENDATÁRIO A CELEBRAÇÃO DE NOVO ARRENDAMENTO

Em caso de morte do arrendatário, a lei dá a várias pessoas que residiam no local arrendado o direito (eventual) à celebração de novo arrendamento. Também aqui se manteve a situação anterior.

Consideraremos mais tarde estas situações. Basta-nos dizer agora que entre essas pessoas está o subarrendatário, nos termos do art. 90.º/1/b. A lei exige que a sublocação seja eficaz, portanto pressupõe a regularidade total na formação do subarrendamento ⁽¹²⁾.

O subarrendatário ocupa a posição ínfima na hierarquia dos que têm direito a novo arrendamento. Por sua vez, forma-se entre os arrendatários nova hierarquia, no caso de haver vários: preva-

⁽¹¹⁾ Problema específico que a este propósito se suscitou foi o de saber se o subarrendamento total consome ou inutiliza o fundamento de resolução do contrato consistente na *falta de resistência permanente*. Contra a posição adoptada pela Relação do Porto, Carlos Lima sustentou que só assim acontece se for autorizado pelo senhorio, pois doutra maneira tem valor autónomo como fundamento de resolução. É um raciocínio difícil.

O interesse prático do problema está na caducidade em prazo curto da sublocação como causa de resolução, uma vez que esta é facto instantâneo. Caducado este, pode-se invocar agora a falta de residência permanente, como facto continuado, e em que portanto o prazo de caducidade só se conta a partir da sua cessação (art. 1094.º/2 C.C.)?

⁽¹²⁾ Possivelmente, como dissemos, o direito do subarrendatário a novo arrendamento será um dos que ele pode opor na execução de despejo, nos termos do art. 60.º/2.

lece o mais antigo. Isto nos mostra, por outro lado, que também o subarrendatário parcial tem direito à celebração de novo arrendamento.

Por sua vez, as pessoas contempladas no art. 90.º, incluindo portanto o subarrendatário, têm direito de preferência na alienação do local arrendado, no caso de o seu direito a novo arrendamento ser frustrado por o senhorio querer vender o prédio. Continuam a ocupar a posição mais baixa, na hierarquia dos preferentes.

Mas desse direito falaremos imediatamente a seguir, na análise que empreendemos do direito de preferência.

B — PREFERÊNCIA

I — HIPÓTESES CONTEMPLADAS

São três os casos de preferência contemplados na nova lei:

- a do arrendatário
- a dos que teriam direito à celebração de novo arrendamento
- a do senhorio, em caso de trespasse

Esta última fez reviver uma situação que havia cessado há mais de 20 anos. Dela falaremos mais tarde.

Pode perguntar-se se não haverá uma quarta preferência, a das pessoas que legalmente residiam no prédio com o mandatário falecido — nos termos do art. 76.º/1/a e dos subarrendatários. O art. 90.º dá-lhes o *direito à celebração de novo contrato de arrendamento* quando o anterior caduque por morte do arrendatário. A lei estabelece entre eles uma hierarquia de modo a quanto possível ser uma só pessoa, sucessivamente, beneficiada (art. 90.º/2 e 1/b).

Não há nesse caso uma preferência na celebração de novo arrendamento? A especialidade da situação estaria em o objecto da preferência ser o próprio direito de arrendamento. Estas pessoas poderiam preferir, se o senhorio quisesse arrendar o local a terceiros.

A previsão prolonga a situação anterior. Depois de algumas flutuações, a jurisprudência fixou-se no sentido de que não há um direito absoluto a um novo arrendamento, uma vez que os beneficiários estão limitados à hipótese de o senhorio pretender efectivamente arrendar o prédio.

Os arts. 90.º a 96.º falam em direito a novo arrendamento. Mas o art. 93.º não deixa dúvida de que o senhorio não está obrigado a arrender de novo, nomeadamente ao prever que este recuse o novo arrendamento quando pretenda vender o prédio ou a fracção arrendada.

Mesmo assim, há de facto um direito eventual à celebração do arrendamento e não uma preferência em novo arrendamento. A diferença está em se poderem supor *casos em que o senhorio não queira arrendar mas não se verifique nenhuma das previsões do art. 93.º*. Então os beneficiários mantêm direito ao arrendamento, embora o senhorio não pretendesse arrendar.

Por tudo isso, não nos ocuparemos mais desta figura. Apenas observaremos que a chave da nova lei, neste domínio, está no art. 92.º, que aplica a estes contratos o regime da duração limitada, sendo o primeiro arrendamento sujeito ao regime de renda condicionada. Também se estipula que o contrato não pode implicar diminuição da renda anteriormente percebida, pelo que, quando isso pudesse ocorrer, se mantém á partida o valor da renda anterior. Tudo isto nos afasta da figura da preferência, pois não há um contrato sobre o qual aquelas pessoas exerçam a preferência, dando o tanto pelo tanto.

Vamos caracterizar sumariamente os restantes tipos, indicar o regime comum ou tendencialmente comum e analisar no fim problemas especiais.

II — A PREFERÊNCIA DO ARRENDATÁRIO

É prevista nos arts. 47.º a 49.º. É reconhecida ao arrendatário de prédio urbano ou de sua fracção autónoma, na compra ou dação em cumprimento do local arrendado. É requisito que o arrendamento dure há mais que um ano (art. 47.º).

Esta preferência vem do direito anterior, a partir da Lei n.º 63.º/77, de 25 de Agosto. Estendeu-se então ao locatário habitacional o direito de preferência, que até então cabia só ao locatário comercial. Mas da nova lei podem resultar também diferenças de regime.

Mantêm-se as remissões para os arts. 416.º a 418.º e 1410.º do Código Civil. Os primeiros referem os termos do exercício extra-processual da preferência e serão depois brevemente examinados. O art. 1410.º, integrado embora no capítulo de propriedade e tendo por epígrafe «acção de preferência», revela a natureza real do direito de preferência, pois permite ao preferente desconsiderado fazer impor a reversão para si da coisa indevidamente alienada, depositando judicialmente o preço da alienação.

III — A PREFERÊNCIA DOS TITULARES DO DIREITO À CELEBRAÇÃO DE NOVO ARRENDAMENTO

Falámos atrás do direito à celebração de novo arrendamento das pessoas que residiam no prédio com o arrendatário.

Pode porém esse direito ser frustrado pela venda pelo senhorio do prédio, venda essa a que aqueles se não podem opor (art. 93.º/a).

Nesse caso, porém, a lei reconhece-lhes um direito de preferência na compra do local arrendado (art. 97.º/1 e 2). Esse direito é-lhes reconhecido sucessivamente e pela ordem estabelecida no art. 90.º. Há pois aqui um caso de preempção em sentido próprio, apenas, pois não se aplica à dação em cumprimento ou a outras operações ⁽¹³⁾.

Estabelece o art. 97.º/2 que esse direito de preferência depende de essas pessoas *terem pretendido*, nos termos e prazos

⁽¹³⁾ A limitação ao caso da venda surge como objectivo legal, pois em todos os outros casos sempre se equipara venda e dação em cumprimento; e uma intenção expressa na lei é vinculativa, impedindo a utilização do raciocínio analógico, que doutra maneira seria possível.

legais, exercer o direito a novo arrendamento e de tal ter sido obstado pela invocação referida no art. 93.º/a.

Parece porém que, havendo preferência sucessiva, desde que o primeiro beneficiário tivesse pretendido exercer a preferência e esta lhe tivesse sido recusada pelo proprietário com o fundamento da venda, os subsequentes já não precisam de vir formalmente exigir a outorga de arrendamento, como condição de poderem depois exercer a preferência na venda. Antes diríamos que, desde que o senhorio recusou a algum beneficiário o arrendamento com fundamento no projecto de venda, todos os subsequentes ganham o direito de preferência nessa venda.

Esta preferência é real: igualmente se remete para o art. 1410.º do Código Civil (art. 97.º/3) (14).

IV — A PREFERÊNCIA DO SENHORIO EM CASO DE TRESPASSE

Ao que saibamos, Portugal detém um recorde mundial. O recorde mundial das preferências. Não conhecemos nenhum país onde estas sejam concedidas pela lei com tanta generosidade. A explicação só pode ser uma: conceder preferências sai de graça, logo o legislador não pode perder nenhuma oportunidade. A prática que se avenha depois com as dificuldades que as preferências criam.

O art. 116.º reintroduziu a preferência no trespasse do estabelecimento comercial, que tinha sido criada pela Lei n.º 1662, de 4.IX.24, mas fora suprimida pelo Código Civil de 1966. Na epígrafe fala-se genericamente em trespasse, mas no n.º 1 restringe-se ao trespasse por venda ou dação em cumprimento. A preferência é igualmente real: do art. 116.º/2 consta também a remissão para os arts. 1410.º do Código Civil (além dos arts. 416.º a 418.º).

O disposto no art. 116.º é ainda aplicável aos arrendamentos para o exercício de profissões liberais, nos termos do art. 117.º.

(2) Bem como para os arts. 416.º a 418.º.

A razão deste preceito estará em se entender que muitos trespasses encobrem apenas a transmissão do direito do arrendatário.

Discordamos desta solução. Não concederíamos a preferência ao senhorio em caso de trespasses.

Não há que presumir no senhorio nenhuma vocação, competência ou interesse empresarial. A sua situação é de direito imobiliário: a sua tutela deve corresponder a esta índole. Pode aspirar a que o seu contributo imobiliário não seja depreciado, mas não se vê motivo para tutelar esse interesse imobiliário permitindo-lhe a assunção duma posição empresarial.

Não consideramos por isso adequado, quando o interesse tutelável do senhorio está numa remuneração justa, atribuir-lhe um direito sobre a própria empresa.

A simulação nos trespasses exige medidas que a combatam, e não meios que atingem tanto os trespasses simulados como os verdadeiros, aumentando o já exagerado número de preferências na ordem jurídica portuguesa.

Também muito contestável é a aplicação desta preferência *à transmissão do arrendamento para o exercício de profissões liberais*. Se se funda no estabelecimento em que assenta o exercício destas preferências, abre-se um dilema:

- ou se não exige no senhorio a qualificação como profissional liberal, e então só pode preferir para alienar de novo de seguida ou para matar o estabelecimento, o que são finalidades que não justificam o favor da lei;
- ou se restringe o preceito subentendendo que só se aplica às hipóteses em que o senhorio tem a qualificação adequada a permitir-lhe continuar no local o exercício da profissão, o que daria alguma lógica à lei, mas obriga a uma difícil interpretação do art. 117.º (15).

Podem suscitar-se problemas de aplicação da lei no tempo. Esta preferência atinge os arrendamentos celebrados no passado

(15) O problema suscita-se já com uma acuidade muito especial no trespasses de farmácias.

ou só aqueles que se vierem a celebrar de futuro? Pressupondo a ausência de disposição transitória especial, há que recorrer aos princípios gerais. Por força destes, os arrendamentos actuais são já atingidos, porque se trata de disciplinar o conteúdo de situações jurídicas; mas só os trespases celebrados após a entrada em vigor da lei originam esta preferência, que surge como um efeito do facto, pelo que não é possível abstrair deste ao ditar a respectiva disciplina. Tudo isto resulta do art. 12.º/2 C.C..

V — HIERARQUIA

A pluralidade de preferências gera problemas de hierarquia. O art. 48.º, para a preferência do locatário, generaliza a regra do art. 1117.º/3 do Código Civil: este direito é graduado imediatamente acima do conferido ao proprietário do solo no art. 1535.º do Código Civil. Mas nada se diz quanto à preferência das pessoas que residiam com o antigo arrendatário (art. 90.º) nem quanto à preferência do senhorio em caso de trespasse do estabelecimento comercial.

Considerando em primeiro lugar a preferência do arrendatário, vimos que, enquanto a Lei n.º 2030 graduava em último lugar o arrendatário comercial, o Código Civil colocou em último o enfiteuta e em penúltimo o proprietário do solo (art. 1535.º), enquanto que o arrendatário é colocado imediatamente acima (art. 1117.º/3). A nova lei mantém esta posição (art. 48.º). Por isso, parece-nos poder generalizar, dizendo que o arrendatário tem preferência graduada em antepenúltimo lugar, na ordem hierárquica ⁽¹⁶⁾. Afastado o enfiteuta, ficam em último lugar as preferências convencionais.

Assim, suponhamos que um prédio urbano encravado e beneficiado por servidão de passagem está arrendado. Se o proprietário o quiser vender os proprietários dos prédios onerados prece-

⁽¹⁶⁾ Sobre esta matéria cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Anotado*, II, sub art. 1117.º; para a situação antecedente, Pinto Furtado, *Manual dos Direitos de Preferência*, I, Coimbra, 1944, 84-94.

dem o locatário, não obstante a omissão de qualquer referência no art. 1555.º (17).

Quer dizer porém da posição hierárquica das outras preferências?

No que respeita à preferência dos que teriam direito à celebração de novo arrendamento, em caso de venda, supomos que não nos podemos decidir simplesmente por uma analogia com o art. 48.º, que não existe: naquele caso há um arrendamento, neste há pessoas que não têm esse direito.

A preferência do arrendatário justifica-se, ao que pensamos, pela tendência de liquidar conflitos de direitos reais pela supressão dum dos termos, que justifica a preferência em geral (18). Não é o que se passa no outro caso, pois o direito eventual daquelas pessoas não chegou, necessariamente, a concretizar-se.

Seríamos assim tentados a dizer que o direito de preferência dos titulares do direito eventual a novo arrendamento em caso de venda (art. 97.º) fica graduado em último lugar nas preferências legais, após o direito de preferência do proprietário do solo.

E quanto à preferência do senhorio, em caso de trespasse do estabelecimento comercial (art. 116.º)?

É impossível pensar numa aplicação directa do art. 48.º: a preferência beneficia aqui o arrendatário, e ali o senhorio. E também não é possível uma aplicação analógica, porque o objecto da preferência é, no caso do trespasse, o estabelecimento comercial. Afastadas as preferências fundadas na compropriedade, bem como as fundadas na propriedade do solo em que o estabelecimento esteja instalado (porque essas recaem sobre prédios), a preferência do senhorio parece assim ocupar o primeiro lugar numa hierarquia própria, em que encontramos, como 2.º termo, os titulares de preferências convencionais.

(17) A lei anterior afirmava que os proprietários onerados tinham direito de preferência em primeiro lugar. Contra Cunha Gonçalves, que considerava esta referência pleonástica, vejam-se as tomadas de posição de J. G. Sá Carneiro, Pinto de Mesquita e Anselmo de Castro, na *Rev. Trib.*, 60.º (1942) n.º 1418, 18 e segs.. Actualmente, não obstante a supressão daquela referência, a primazia da preferência dos titulares circundantes sobre as derivadas do arrendamento resulta da atribuição de nível menos elevado a estas.

(18) Cfr. as nossas *As Relações Jurídicas Reais*, Morais, 1962, n.º 88.

VI — PLURALIDADE DE PREFERENTES

Oferecem dificuldades consideráveis as situações em que há pluralidade de preferentes.

Vamos deixar de parte a hipótese de pluralidade heterogénea de preferentes, que foi a que examinámos a propósito da hierarquia de preferência. Agora, mesmo após os preferentes hierarquizados, ainda podemos encontrar pluralidade de titulares em cada classe.

É a propósito destas preferências homogéneas que a nova lei tem previsões.

O art. 47.º/2, em matéria de preferência do arrendatário, diz-nos que, sendo dois ou mais os preferentes, abrir-se-á entre eles licitação, revertendo o excesso para o alienante. É a transposição do art. 1117.º/4 do Código Civil.

O art. 116.º/3 dispõe: «Sempre que, por contitularidade da posição do senhorio ou pela existência, no estabelecimento trespassado, de mais de um arrendamento, haja dois ou mais preferentes, abre-se licitação entre eles, revertendo o excesso para o alienante».

Já a propósito da preferência das pessoas que residiam no local prevê-se a pluralidade subjectiva, a resolver «sucessivamente e pela ordem estabelecida» no art. 90.º (art. 97.º).

Para compreendermos esta previsão é necessário distinguir três situações fundamentais. Ou o direito de preferência pertence:

- solidariamente a várias pessoas, de modo que só por todas pode ser exercido
- paralelamente a várias pessoas
- sucessivamente a várias pessoas.

Este último caso é o do art. 97.º. Não suscita, neste estágio, observação especial.

As hipóteses em que a preferência pertença solidariamente a várias pessoas não apresentam especialidades no domínio do arrendamento. É a hipótese básica, prevista no art. 419.º/1 do Código Civil. Mas os arts. 49.º, 97.º e 116.º da lei do arrendamento, remetendo apenas para os arts. 416.º a 418.º do Código Civil, excluem a aplicação directa do art. 419.º.

Observemos apenas que a situação é prevista, com mais clareza, no art. 1458.º/6, aditado ao C.P.C., que fala em o direito dever ser exercido por todos os titulares em conjunto (19).

Pelo que restam as hipóteses de o direito de preferência ser atribuído paralelamente a várias pessoas.

Nesse caso, ainda haverá que distinguir:

- 1) As posições de umas estão dependentes das posições das outras
- 2) As posições são independentes.

O primeiro caso é-nos dado pelas situações de *comunhão*. Não que a preferência não possa ser exercida por uns comunitários e não por outros; mas porque, ao menos na medida da porção a adquirir, ficariam dependentes da posição dos outros.

O art. 116.º/3 dá-nos uma indicação. Sempre que houver contitularidade da posição do senhorio e se apresentarem vários contitulares a preferir, abre-se licitação, revertendo o excesso para o alienante. Portanto, a consequência da contitularidade é afinal a abertura de licitação; porém, os contitulares não exercem o direito em conjunto, mas como concorrentes.

O mesmo se passa afinal na segunda hipótese, que a lei prevê como sendo caracterizada pela existência, no estabelecimento trespassado, de *mais dum arrendamento*. Há vários preferentes, fora duma situação de contitularidade. Mas a distinção das duas hipóteses tem ainda interesse, para efeitos de notificação.

Estas conclusões são generalizáveis à preferência do arrendatário, no que respeita à contitularidade: pois cremos que nada se opõe a uma contitularidade no arrendamento. Já a hipótese de haver preferências derivadas da coexistência de vários arrendamentos no mesmo prédio fica dependente do que concluirmos depois sobre o objecto da preferência.

Quanto à preferência do art. 97.º a aplicação é mais simples. Apesar da hierarquia estabelecida, podem ficar várias em

(1) Antunes Varela, na RLJ 115.º, 284, col. 2, nt. 2, dá como exemplar haver dois ou mais prédios onerados com a servidão de passagem, em relação à alienação do prédio encravado (art. 1555.º/3 C.C.).

igualdade de condições — dois subarrendatários de igual antiguidade, por exemplo. Só restará abrir licitação entre eles.

A solução da licitação permite uma vantagem inesperada para o alienante. Representa um certo desvio da figura clássica da preferência ou *tanteio*, porque então já se não dá o tanto pelo tanto.

VII — COMUNICAÇÃO AO PREFERENTE

As remissões para os arts. 416.º a 418.º C.C. permitem-nos seguir o itinerário normal da preferência, através de disposições que são aplicáveis quer às preferências obrigacionais quer às preferências reais.

O art. 416.º regula a comunicação ao preferente e o exercício do direito por este. Portanto, em todos os casos de preferência regulados nesta lei, o alienante deve comunicar ao preferente ou preferentes «o projecto da venda e as cláusulas do respectivo contrato».

Tem interesse saber o que se entende por esta expressão. Temos paralelo no art. 1458.º do Código de Processo Civil, que nos diz que, na notificação para preferência, se especificarão no requerimento o preço e as restantes cláusulas do contrato projectado; bem como do art. 1410.º do Código Civil, que fala do conhecimento dos elementos essenciais da alienação.

O preço é seguramente um elemento essencial. E não apenas o preço mas as condições de pagamento e todas as vantagens e ónus que sejam decorrência do contrato. Só assim o preferente pode fundar a decisão de preferir. Tem também importância para efeitos do art. 418.º C.C., de que falaremos a seguir.

Mas não se pode pensar por outro lado que é a minuta do contrato que deve ser apresentada, ou que todas as cláusulas são igualmente essenciais. Tudo o que não for relevante para a decisão não precisa de ser comunicado.

O problema tem particular importância no que respeita à pessoa a quem se projecta vender. Mas não é essencial a identificação desta; aliás não é uma cláusula do contrato. Não é um interesse juridicamente tutelado o de o preferente se antecipar a *A* ou *B*, mas não a *C* ou *D*. Se a identidade de adquirente fosse

essencial, teríamos de concluir que nunca um obrigado a preferência poderia celebrar um contrato para pessoa a nomear.

Em abstracto, é admissível que haja casos concretos em que a identificação do comprador se torne necessária. Mas os exemplos dados até hoje não são convincentes. Assim, Antunes Varela afirma que o conhecimento da pessoa do adquirente será indispensável, entre outros casos, na hipótese do art. 1409.º C.C. e nas várias hipóteses em que a preferência é atribuída em função duma relação de arrendamento ⁽²⁰⁾. Mas, perante o art. 1409.º, o que é necessário é saber que pretende vender a estranhos, não a identidade do adquirente. O mesmo há que dizer nas outras hipóteses: esse é o pressuposto da preferência, não o conteúdo da notificação.

Daqui deriva que, em todos os casos em que não for necessária a indicação da pessoa do adquirente, a renúncia do preferente vale, não para uma transacção determinada, mas para todos as possíveis transacções daquele tipo.

Que *forma* deve revestir a comunicação? Pensamos que há que aplicar os princípios gerais: não havendo preceito que imponha aqui forma específica, qualquer forma será bastante. E o mesmo devemos dizer para a declaração de preferência, tal como a declaração de que se não deseja preferir ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ *Código Anotado*, I, *sub* art. 416.º. O Ac. Rel. Porto de 17.V.83 enuncia a máxima de que «elementos essenciais são todos aqueles factores capazes de influir decisivamente na vontade de preferir ou não, todos os elementos reais do contrato que possam ter importância no estabelecimento duma decisão num sentido ou noutro». Porto isto, observa que todas as posições consideram essencial a identificação do comprador, embora algumas afastem a sua relevância por razões do caso concreto. Ninguém nega, afirma peremptório, que na compropriedade essa identificação é essencial, após a tomada de posição de Antunes Varela. «Não é menos importante no inquilinato habitacional», conclui (*Colect. Jurispr.* VII, tomo 3, 232-234). Como fundamentação, é muito pouco.

⁽²¹⁾ Poderia chegar-se a diverso entendimento com base no ensinamento de I. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra Editora, 1989, 152, de que a notificação para preferir tem o significado de proposta contratual e a declaração de preferência o de aceitação. Formariam assim um contrato-promessa (ou até, se ambas as partes tiverem a intenção de se vincular definitivamente e o contrato revestir a forma necessária, formariam já o próprio contrato definitivo). Daqui se poderia retirar a conclusão de que estariam sujeitas à forma exigida pelo art. 410.º/2 para o contrato-promessa. Não encon-

Isso não impede que da comunicação para preferência não possa resultar uma vinculação do alienante, e que a sua conjugação com a declaração de preferência não aperfeiçoe um contrato-promessa, nos casos em que os requisitos substanciais e de forma estejam observados (22). Esse contrato-promessa seria então, nos termos gerais, susceptível de execução específica.

VIII — OBJECTO

O art. 417.º prevê a venda da coisa juntamente com outras, por um preço global.

A preferência não deixa de poder ser exercida em relação à coisa onerada. O preço é reduzido, para corresponder àquela limitação. Mas o alienante tem então a defesa de exigir que a preferência abranja todas as restantes, se estas não forem separáveis sem prejuízo apreciável. Esclarece-se expressamente, no n.º 2, que a disposição é aplicável ao caso de o direito de preferência ter eficácia real e a coisa ter sido vendida a terceiro juntamente com outra ou outras.

Daqui resulta que a preferência só atinge a coisa que é objecto do direito do preferente. A extensão a coisas diferentes só se pode fundar no interesse do preferente.

A aplicação deste princípio na hipótese do arrendamento pode trazer dificuldades.

tramos porém, por nossa parte, razões para isso. A lei não conjuga estas duas fontes das obrigações, de modo que da preferência se transite para o contrato-promessa. A lei preocupa-se apenas com que haja o essencial para fundar a decisão de contratar, não os elementos constitutivos dum contrato-promessa. Até o preço pode só surgir posteriormente, através duma acção de arbitramento. Por isso, a comunicação para preferência não tem de revestir a forma necessária para dar vida ao contrato-promessa.

Também não a tem a declaração de vontade de preferir. Exigir semelhante forma complicava ainda mais a posição do preferente, obrigado a manifestar-se em oito dias, sob pena de caducidade do direito.

(22) Neste sentido Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Anotado*, I, sub art. 416.º.

Vamos distinguir vários casos:

- 1) O proprietário dum prédio em propriedade horizontal vende a fracção *A*. O inquilino da fracção *B* não tem preferência.
- 2) O proprietário dum prédio em propriedade horizontal vende todo o prédio. O inquilino da fracção *B* só tem preferência sobre essa fracção.
- 3) O prédio não está em propriedade horizontal e o senhorio vende parte diferente da que está alugada, a ser isso possível. O inquilino não tem preferência.
Pensamos que todas estas respostas resultam do art. 47.º/1 R.A.U., que faz recair a preferência sobre o «local arrendado».
- 4) O prédio não está em propriedade horizontal e o senhorio vende o prédio todo. O inquilino dum fracção pode preferir?

Aqui está o problema. À luz do art. 47.º/1 a resposta continuaria a ser negativa. A preferência não se poderia exercer sobre a totalidade porque até aí não se estende o direito do arrendatário. Não seria assim possível, nesta hipótese, exercer a preferência: esta não tem por fim propiciar a expansão do direito para além do seu objecto. Neste sentido concorre ainda o princípio retirado do art. 417.º/1 C.C., segundo o qual o objecto da preferência coincide com o objecto do direito em que essa preferência se funda.

O exame doutros preceitos legais pode porém causar perplexidade.

O art. 1459.º/1 do Código de Processo Civil dispõe que, quando o contrato projectado abranja, mediante um preço global, outra coisa sujeita ao direito de preferência, o notificado pode declarar que quer exercer o seu direito somente em relação a esta. Estará implícito que também pode querer exercer a preferência em relação à totalidade? Em qualquer caso o argumento não seria ainda definitivo, por se tratar de lei processual e poder entender-se que dá o direito de exercer só em relação à coisa onerada, como fez o art. 417.º C.C., não podendo extrair-se *a contrario* que o dá também em relação à outra coisa.

Outras dificuldades resultavam da Lei n.º 63/77. O art. 1.º fazia coincidir o objecto da preferência com o objecto do arrendamento. Mas o art. 2.º previa a licitação entre vários locatários habitacionais, ou entre estes e outros de diferente natureza, o que se tornava dificilmente explicável.

O núcleo do problema residia porém no art. 1117.º C.C., relativo à preferência do arrendatário comercial. Aí se estabelecia que «na venda, dação em cumprimento (ou aforamento) do prédio arrendado, os arrendatários que nele exerçam o comércio ou a indústria têm direito de preferência, sucessivamente e por ordem decrescente das rendas». Previa-se pois a venda dum prédio, e a existência de vários arrendatários, com rendas diferenciadas. Isto indicaria tratar-se de vários arrendamentos, que recaem sobre fracções diferentes. Mesmo assim, poderiam concorrer simultaneamente na venda do prédio (que só pode ser a venda global).

Aqui se fundaria a prática de outorgar a preferência do arrendatário comercial sobre o prédio todo; e assim se explicaria também o art. 2.º/2 da Lei n.º 63/77, enquanto compreende locatários habitacionais e outros de diferente natureza, todos com direito de preferência.

Supomos que esta situação é justamente removida pela nova lei do arrendamento urbano.

O art. 1117.º do Código Civil e a Lei n.º 63/77 foram expressamente revogados. O art. 1459.º do Código de Processo Civil, na medida em que porventura os reflectisse, está derogado. Só restam o art. 417.º do Código Civil e as disposições da nova lei.

Estes exprimem, como tivemos ocasião de dizer, o princípio de que o direito de preferência incide sobre o objecto do direito preexistente que o justifica, só podendo ir além desse no interesse do sujeito à preferência.

O direito de preferência limita-se ao *local arrendado*. Se é alienada uma coisa global — um prédio — em que o local arrendado tenha autonomia jurídica, o direito de preferência não se pode exercer.

Em suma: perante a nova lei, 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.

Com isto se suprimem problemas que se tinham suscitado anteriormente, como o de saber se o inquilino tinha preferência quando o senhorio vendesse o prédio a outro inquilino (23).

Até aqui para a preferência do arrendatário. No caso da preferência das pessoas que residiam no prédio, prevista no art. 97.º, estes princípios são integralmente aplicáveis — por maioria de razão até, por aquelas não terem nenhum direito preexistente, que grave o prédio correspondente ao arrendamento. Ou há a autonomização jurídica da coisa arrendada ou a preferência não se pode exercer. Recorde-se que o art. 417.º do Código Civil é aplicável a todos estes casos.

Enfim, na preferência do senhorio em caso de trespasse (art. 116.º), o problema é diferente. Aqui, a unidade é a do estabelecimento comercial. A um estabelecimento comercial único podem corresponder vários arrendamentos, como se prevê expressamente no art. 116.º/2. A lei admite a preferência de qualquer dos senhorios sobre o estabelecimento global e manda, caso necessário, que se abra licitação entre eles.

IX — PRESTAÇÃO ACESSÓRIA

O art. 418.º C.C. prevê que no negócio de alienação em relação ao qual se pode exercer a preferência figure uma promessa de prestação acessória que o preferente não possa satisfazer.

Essa prestação acessória deve então, sendo avaliável em dinheiro, ser compensada pelo preferente.

O preceito não suscita dificuldades substantivas, mas apenas processuais. Nomeadamente, é necessário saber como se concilia esta regra com o direito do preferente, a quem não foi dado conhecimento da alienação, de preferir e depositar o preço no prazo de oito dias. No preço deveria estar compreendida esta

(23) Veja-se o debate do problema e a solução (negativa) em Manuel Henrique Mesquita, *Direito de preferência do arrendatário habitacional e seus pressupostos*, separata de *O Direito*, ano 120.º, 1980, I-II, 177 e segs..

prestação, mas para saber o seu valor é necessário, não havendo acordo, intentar uma acção de arbitramento.

A situação não difere porém do que se verifica em qualquer caso em que o preço não seja líquido — particularmente, na hipótese de venda da coisa juntamente com outras. Em matéria de arrendamento não surgem especialidades. Abstemo-nos por isso de a analisar.

X — A ACÇÃO DE PREFERÊNCIA

Todos os preceitos da lei do arrendamento mandam aplicar ainda o art. 1410.º do Código Civil. Deste resulta que estas preferências têm eficácia real: o titular desconsiderado pode fazer reverter para si a coisa transmitida a terceiro, dando o tanto pelo tanto. Continua actuante o princípio da lei portuguesa de que as preferências legais têm natureza real.

O preferente mantém assim um vínculo sobre a coisa, que lhe permite atingi-la em poder de terceiros, fazendo-a reverter para si. Mediante a acção de preferência ele substitui-se ao adquirente e manietta directamente a coisa. Por isso a preferência revela-se como um típico direito real de aquisição.

Já a execução específica funciona apenas em relação a um sujeito particularmente obrigado, e não contra terceiros. Nem se pode dizer que o direito de execução específica adquire eficácia real através do registo da acção intentada para a fazer valer⁽²⁴⁾, porque aí o problema é o da eficácia da sentença, e não o do carácter absoluto do direito actuado.

Não vamos examinar as inúmeras dificuldades que se podem suscitar neste domínio. Limitamo-nos a algumas considerações sobre o que representa «o preço devido», que o n.º 1 manda depositar nos oito dias seguintes ao despacho que ordenou a citação dos réus.

(24) Como faz I. Galvão Telles, *Obrigações* cit., 131.

Uma orientação doutrinária persistente integra no «preço» ainda a sisa, as despesas da escritura, do registro ⁽²⁵⁾ e dum modo geral todas as despesas feitas pelo alienante para adquirir a coisa. A razão prevalente estaria na preocupação da lei de deixar o alienante garantido contra o risco de ver destruído o contrato com o preferente. Mas a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal de Justiça, como informa Eridano de Abreu ⁽²⁶⁾, vai no sentido contrário.

Defendemos a posição restritiva em *O Depósito do Preço na Acção de Preferência* ⁽²⁷⁾ e pensamos que não pode ser outra maneira. O alienante, que pratica um acto ilegal, não é objecto dum tão desvelado carinho por parte da lei que esta tudo arrisque pela certeza de o deixar quite. O preço é, como os tribunais certamente têm decidido, a contrapartida que cabe ao adquirente naquele negócio, abrangendo por exemplo também a contrapartida na dação em cumprimento e uma eventual prestação complementar nos termos do art. 418.º C.C. — mas é só isso.

Se pelo preço, ainda por cima «preço devido», como diz o art. 1410.º, fôssemos abranger todas as despesas feitas, abríamos a porta a todas as chicanas. Em oito dias, seria impossível saber que despesas se fizeram ou não fizeram ⁽²⁸⁾. Mas como, se essas despesas não fossem depositadas, teríamos a caducidade do direito, estaria encontrado o meio para frustrar, por distorção da lei, o exercício do direito de preferência.

O art. 1465.º C.P.C. prevê que, quando a preferência caiba a várias pessoas, se abre licitação entre elas: e que o vencedor deposite, no prazo de vinte dias, a favor do comprador, «o preço do contrato celebrado e a importância da sisa paga». Mesmo neste caso, vê-se, só se amplia até à sisa, e ainda só quando esta for devida pelo preferente. A razão desta diferença está seguramente

⁽²⁵⁾ Quando obrigatório, acrescentam estranhamente Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Anotado*, III, *sub art.* 1410.º.

⁽²⁶⁾ Anot. ao Ac. STJ 25-V-82, R.O.A. ano 43 I, Maio-Set./83, 463. Posteriormente, veja-se por exemplo o Ac. STJ 27-VI-85, BMJ 348, 422.

⁽²⁷⁾ *Rev. Trib.*, 93.º, 147.

⁽²⁸⁾ Por exemplo, houve ou não pagamento a um solicitador para preparar a documentação?

no facto de então pressupor-se o decurso de um período muito maior, que permite apurar qual a sisa que foi efectivamente paga, mas permite também ao preferente determinar se está ou não obrigado a ela.

A lei processual mostra ainda que, nesse caso, não haverá uma pluralidade de depósitos de preço a favor do comprador, o que seria economicamente injustificado.

XI — APRECIÇÃO GERAL

Procurando, em conclusão, dar uma ideia da repercussão deste diploma sobre a figura do direito de preferência, e para além das mudanças concretas de regime que foram assinaladas, podemos dizer que o diploma traz o desenvolvimento do direito de preferência em vários sentidos.

Podemos colocar na origem uma situação-base, que procurámos desenvolver em *As Relações Jurídicas Reais* ⁽²⁹⁾.

Aí observámos que os direitos legais de preferência tinham sempre natureza real, e surgiam como forma de solução dum conflito de direitos reais. A lei, nesta hipótese extrema, resolvia o conflito através da liquidação dum dos direitos em presença (por absorção pelo titular do outro).

Deste fundamento derivavam ainda outras consequências. Nomeadamente, se o fundamento se encontrava num conflito de direitos reais, a preferência deveria recair sobre a própria coisa cuja titularidade provoca o conflito de direitos reais. O objecto da preferência não é pois o objecto do acto de alienação, mas o objecto dum dos direitos em conflito.

A evolução posterior trouxe porém, como vimos, elementos que concorreram para um obscurecimento do regime. Particularmente na hipótese de haver um objecto de alienação que ultrapassa o objecto do direito do preferente, a clareza da situação preexistente foi posta em causa, justamente no domínio do arrendamento.

(29) N.º 88 e 89.

A nova lei permite-nos recuperar a situação inicial. Afastados os elementos em que se poderia fundar uma posição divergente, podemos reafirmar os princípios de que, nas preferências legais que têm como fundamento um conflito de direitos reais.

- 1) o objecto da preferência é a coisa cuja titularidade provocou o conflito de direitos reais;
- 2) sendo o objecto da alienação mais vasto, ou a preferência se exerce sobre o objecto do direito em conflito apenas ou, não sendo isso possível, está impedida de funcionar.

Mas simultaneamente a nova lei traz dois desvios em sentido contrário.

No que respeita à preferência das pessoas que residiam no prédio, temos uma preferência legal, de natureza real, que não assenta num conflito de direito reais. Os residentes não têm nenhum direito real preexistente sobre o prédio, e não obstante são autorizadas a exercer a preferência.

Não é uma situação nova porque vem já das leis anteriores. Nem é uma situação ímpar. Basta pensar em várias preferências do Estado, resultante das leis urbanísticas por exemplo, que não assentam na titularidade pelo Estado de nenhum direito real em conflito. Mas fica assim consolidada, também nas relações privadas, uma categoria de preferências legais que não assenta num conflito de direitos reais.

A outra excepção, que também não representa uma inovação absoluta, está na atribuição do direito de preferência ao senhorio em caso de trespasse. Então, o direito do senhorio recai sobre o local arrendado, mas o objecto da preferência é o estabelecimento comercial que neste se instalou. Até agora, a situação imobiliária era subordinada ao estabelecimento; agora é o estabelecimento que fica subordinado à situação imobiliária. É tecnicamente uma distorção. A preferência continua a ser uma justificada pela liquidação dum conflito de direitos reais, mas o seu objecto passa a ser neste caso a universalidade em que o direito de arrendamento comercial em conflito se incorpora.