



CATÓLICA PORTO
DIREITO

Direito de preferência no setor imobiliário

Consequências da modificação do objeto

*Dissertação de Mestrado em Direito Privado elaborada sob a orientação do
Senhor Professor Doutor Agostinho Guedes*

Mélanie da Silva Mourão

Porto, 2013



CATÓLICA PORTO
DIREITO

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto – Pólo da Foz

Mestrado em Direito Privado

Direito de preferência no setor imobiliário **Consequências da modificação do objeto**

*Dissertação de Mestrado em Direito Privado elaborada sob a orientação do Senhor
Professor Doutor Agostinho Guedes*

Mélanie da Silva Mourão

340105079

Índice

Parte I – Coordenadas do Problema	4
Parte II – Traços fundamentais do regime jurídico do direito legal de preferência	8
Parte III – Proposta de Resolução	20
Agradecimentos	32
Bibliografia	33

Parte I – Coordenadas do Problema

O setor imobiliário é um ramo em ascensão que tem contribuído de uma forma positiva para a economia do nosso país, pese embora a crise que tem atravessado nestes últimos tempos. Ora quanto mais amplo se tornar o domínio imobiliário, mais se justificará o surgimento de normas que o regulem. Assim, à medida que vamos pondo em prática as normas já existentes no ordenamento jurídico português, vamos nos deparando com situações que não estão bem clarificadas na lei ou simplesmente não estão previstas de todo, criando várias lacunas. Sucede, contudo, que Portugal é considerado um dos países com o maior número de preferências legais nos mais diversos setores.

Para começar gostaria de analisar os diplomas legais sobre os quais me debruçarei, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio e o Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro.

Em primeiro lugar analisaremos o Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio, que regula o regime jurídico excecional da reabilitação urbana de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, conforme bem verificamos pela leitura do seu artigo 1.º n.º1. Ainda conforme o mesmo artigo, mas ora o seu n.º 2, ficamos a saber que se entende “(...) por «reabilitação urbana» o processo de transformação do solo urbanizado, compreendendo a execução de obras de construção, reconstrução, alteração, ampliação, demolição e conservação de edifícios, tal como definidas no regime jurídico da urbanização e da edificação, com o objetivo de melhorar as suas condições de uso, conservando o seu carácter fundamental, bem como o conjunto de operações urbanísticas e de loteamento e obras de urbanização que visem a recuperação de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística.”. A reabilitação urbana torna-se necessária devido à degradação das condições de habitabilidade, de salubridade, de estética e de segurança de diversas áreas urbanas.

Para se proceder à reabilitação urbana muitas vezes é necessário recorrer à expropriação, seja porque determinada propriedade é necessária para que esse espaço se destine a arruamentos ou equipamentos públicos, tal como prevê o artigo 17.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 104/2004 de 07 de maio, ou por se tratar de uma intervenção forçada

prevista no artigo 20º do mesmo Decreto-Lei. Sendo o direito de propriedade um direito real este constitui objeto de expropriação por utilidade pública (artigo 21º do Decreto-Lei n.º 104/2004 de 07 de maio). Esta expropriação traduz-se na ablação do direito de propriedade – ou de outros direitos – sobre um imóvel, mediante o pagamento de uma indemnização e com vista a alcançar-se o fim de utilidade pública.

Por conseguinte, o regime da reabilitação urbana leva-nos a ter de entender um pouco o regime da expropriação, regime esse que vem previsto no Código das Expropriações¹. “*De acordo com Menezes Cordeiro, podemos definir expropriação por utilidade pública como o evento pelo qual se extinguem direitos reais sobre bens imóveis, constituindo-se concomitantemente novos direitos na titularidade de pessoas que se entende prosseguirem o interesse público, mediante o pagamento de justa indemnização.*”² Por conseguinte, por expropriado entende-se aquele que foi privado, legalmente e mediante indemnização, da posse de uma propriedade.

Cabe-nos, ora, em segundo lugar, analisar o Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro de forma a compreender o que sucede com os expropriados pelo processo de reabilitação urbana. Tal vem previsto no artigo 73º, que confere aos expropriados de boa-fé o direito ao realojamento temporário a expensas do proprietário – n.º 1 – ou indemnização – n.º 2. Como podemos verificar no n.º 3 do citado artigo estes sujeitos adquirem um direito de preferência nas posteriores alienações ou locações do imóvel reabilitado. Assim, surge um direito de preferência legalmente estabelecido ao expropriado que devido à reabilitação urbana necessária no seu imóvel – e consequente expropriação – adquire o direito de preferir sobre a futura alienação do mesmo. É sobre este direito e sobre as questões que este direito levanta que pretendo desenvolver o tema da minha tese.

Neste âmbito, surge no artigo 58º n.º 1 um direito legal de preferência conferido às entidades gestoras, entidade essa que “(...) *tem preferência nas transmissões a título*

¹ Lei n.º 168/99, de 18 de setembro, com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 168/99, de 18 de setembro, Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, Declaração de Retificação n.º 18/2002, de 12 de abril, Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro, Lei n.º 67-A/2007, de 31 de dezembro, Lei n.º 56/2008, de 04 de setembro.

² FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlânder Antunes – *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*. Coimbra: Almedina, 3ªed., revista e atualizada, [S. d.], p. 415 *Apud*, ROCHA, Maria Elisabete Almeida Rocha – *Expropriações Por Utilidade Pública: O Procedimento Expropriativo*. http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/elisabeterocha_expropriacoes-procedimento.pdf, p. 6

oneroso, entre particulares, de terrenos, edifícios ou frações situados em área de reabilitação urbana.”. A “(...) entidade responsável pela gestão e coordenação da operação de reabilitação urbana relativa a uma área de reabilitação urbana; (...)” é a entidade gestora, à luz do artigo 2º e). É o caso da PORTOVIVO, SRU - Sociedade de Reabilitação Urbana da Baixa Portuense, SA³, na Baixa Portuense e da Coimbra Viva, SRU⁴, na Baixa de Coimbra. Ou seja, estamos perante entidades que representam o município no âmbito da reabilitação urbana. Assim sendo, temos que, à luz do n.º 4 do artigo 58º, o seu direito legal de preferência se rege pelo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial⁵, mais concretamente, pelo seu artigo 126º. Sendo o direito de preferência do município exercido com a declaração de não-aceitação do preço convencionado – conforme previsto no n.º 4 do citado artigo 58º e n.º 2 do artigo 126º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – assiste às partes do contrato, ao vendedor e ao comprador, respeitando sempre esta ordem, o direito de reversão do bem quando não seja promovida a intervenção constante da declaração de preferência e, ainda, o direito de preferência na primeira alienação do bem – n.º 1 do mesmo artigo 58º. Neste caso, o preço a pagar é fixado conforme o processo de expropriação litigiosa, com as necessárias adaptações, se o transmitente não concordar com o oferecido pelo preferente – n.º 3 do artigo 126º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – e este direito só pode ser exercido se o valor do terreno ou dos edifícios, de acordo com a avaliação efetuada por perito da lista oficial de escolha do preferente, for inferior em, pelo menos, 20% ao preço convencionado. – n.º 4 do já mencionado artigo 126º. Sucede, contudo, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, que o preferente pode desistir da aquisição mediante notificação às partes.

³ Constituída a 27 de Novembro de 2004, é uma empresa de capitais públicos, do Estado (IHRU - Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, IP) e da Câmara Municipal do Porto, constituída nos termos e ao abrigo do Decreto-Lei nº 104/2004, de 7 de maio, que tem como missão conduzir o processo de reabilitação urbana da Baixa Portuense.

⁴ A Coimbra Viva SRU surge na sequência de diversas ações preparatórias patrocinadas pela Câmara Municipal de Coimbra e da publicação de legislação específica, o Decreto-Lei nº 104/2004 de 7 de maio.

⁵ DL n.º 380/99, de 22 de setembro, alterado pelos Decreto-Lei n.º 53/2000, de 7 de abril, Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de dezembro, Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, Lei n.º 56/2007, de 31 de agosto, Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de setembro, Declaração de Retificação n.º 104/2007, de 6 de novembro, Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de fevereiro, Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de agosto e Decreto-Lei n.º 2/2011, de 5 de janeiro.

Verificamos, pois, que para além dos expropriados, também a entidade gestora, em representação do município, tem um direito legal de preferência numa situação de reabilitação urbana. A não haver nenhuma entidade gestora podemos presumir que o município exerce, *per si*, o direito de preferência.

Pois se a entidade gestora pode ser o município, por força do artigo 10º n.º 1 a) do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, justifica-se que este seja também notificado para exercer o mesmo direito de preferência.

Com a reabilitação urbana, os imóveis ficam sujeitos a varias alterações que os valorizam e que os melhoram, mas por vezes estas alterações obrigam à separação ou junção de duas ou mais propriedades diferentes, assim os antigos proprietários, expropriados para fins de reabilitação urbana vêm as suas antigas propriedades totalmente diferentes e, assim, o seu direito de preferência que permanece intacto diz respeito a um objeto diferente do que era quando foi expropriado. Foi neste contexto que surgiu o meu interesse em estudar estes casos e fazer a minha tese.

Do estudo do tema diversas questões foram surgindo, há pois que as analisar e tentar dar uma resposta satisfatória às mesmas, o que sucederá na Parte III da minha tese⁶. Por ora, deixo apenas as questões para reflexão.

Como notificar o preferente quando há modificação total do objeto? Terá este ainda um direito legal de preferência? E quando esta modificação é parcial, terá ainda direito? O que fazer quando há uma junção de vários objetos de preferência dando origem a apenas um objeto indivisível? Quem terá direito à preferência quando os preferentes são diferentes e titulares de direitos de preferência em relação a cada objeto que deu origem a esta junção?

⁶ Cfr. pp. 20 e seguintes

Parte II – Traços fundamentais do regime jurídico do direito legal de preferência

É de suma importância descrever o diploma legal em que surge o direito de preferência. O direito de preferência não vem definido *per se* no nosso Código Civil, existem vários artigos que o descrevem nas suas mais variadas formas, mas não encontramos uma definição de uma forma geral.

Assim, o direito de preferência está dividido em direitos legais de preferência e o direito convencional de preferência, sendo que o artigo 422º do Código Civil faz bem esta distinção ao negar a prevalência do direito convencional sobre os direitos legais de preferência. Dentro das preferências convencionais existem preferências convencionais com eficácia real e preferências convencionais sem eficácia real. Já por pacto de preferência entende-se o contrato pelo qual alguém assume a obrigação de, em igualdade de condições, escolher determinada pessoa como seu contraente, no caso de se decidir a celebrar determinado negócio. De modo geral pode dizer-se que os pactos de preferência são admitidos em relação à compra e venda (artigo 414º do Código Civil) e relativamente a todos os contratos onerosos em que tenha sentido a opção por certa pessoa sobre quaisquer outros concorrentes (artigo 423º do Código Civil).

Do pacto de preferência nasce, conforme distintos entendimentos, uma de duas obrigações. Para uns será uma obrigação de *non facere*, assim, o obrigado à preferência não poderá contratar com terceiro, se o preferente se dispuser a contratar em iguais condições; por outro lado, há quem veja esta como uma obrigação de *facere*, uma vez que, querendo contratar, o obrigado à preferência terá de escolher o preferente, ou, pelo menos, informá-lo do projeto de venda e deixá-lo, assim, decidir. Face à obrigação do obrigado à preferência, fica a plena liberdade de o preferente aceitar ou não a celebração do contrato, nos termos em que o obrigado se propõe realizá-lo.

As normas dos artigos 414º e seguintes do Código Civil aplicam-se especialmente aos pactos de preferência de natureza obrigacional – pactos de preferência comuns –, contratos dotados da mesma fragilidade do contrato-promessa.

Todavia, há uma outra situação de preferência, prevista no artigo 421º do Código Civil, o pacto de preferência com eficácia real, que é um pacto que cria um direito de preferência real, um direito real de aquisição, para o credor. Aqui valem os requisitos do artigo 413º do Código Civil, sendo necessário que estes pactos versem sobre bens imóveis ou bens móveis sujeitos a registo. Nestes casos, a ação de preferência do artigo 1410º do Código Civil, por remissão do artigo 421º n.º 2 do Código Civil, pode ser inclusivamente intentada contra um terceiro adquirente enquanto a execução específica, a tutela do contrato obrigacional, tão só pode ser intentada quanto ao promitente que não cumpre.

Importa, então, compreender como surge um direito legal de preferência.

Tal como o próprio nome o indica, este direito de preferência é legal, estando, portanto, tipificado na lei e é nos vários casos em que a lei o prevê que estamos perante um direito legal de preferência. Assim, podemos dizer que um direito legal de preferência, independentemente do razão pela qual este existe, estará sempre tipificado num diploma legal e cada preferência legal terá o seu fundamento. Os direitos legais de preferência são normas excepcionais, e como tal, de acordo com o artigo 11º do Código Civil, não comportam aplicação analógica mas admitem interpretação extensiva.

O nosso Código Civil regula alguns direitos legais de preferência, nomeadamente, o direito legal de preferência do arrendatário (artigo 1091º do Código Civil), o direito legal de preferência do comproprietário (artigos 1409º e 1410º do Código Civil), o direito legal de preferência dos proprietários de terrenos confinantes de área inferior à unidade de cultura nos casos de venda, dação em cumprimento (artigos 1380º e 1381º do Código Civil), o direito legal de preferência na alienação do prédio encravado (artigo 1555º do Código Civil), o direito legal de preferência na venda ou dação em pagamento do quinhão hereditário (artigo 2130º do Código Civil) e, por último, o direito legal de preferência no direito de superfície (artigo 1535º do Código Civil).

Também os artigos 1499.º c) e 1501.º d) do Código Civil, antes de ser abolida a enfiteuse pelo Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de março e o Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de abril eram relevantes nesta matéria, tendo já perdido a sua relevância. Encontramos, ainda, outros direitos legais de preferência dispersos consagrados noutros diplomas legais, como o do arrendatário rural que tem direito de preferência, com sujeição a certos condicionalismos, na venda ou dação em cumprimento do prédio

arrendado (artigo 28º do Decreto-Lei n.º 385/88, de 25 de outubro), o do arrendatário florestal que tem direito de preferência, “à mistura” não muito clara com titulares de outros direitos, na venda ou dação em cumprimento do prédio objeto do arrendamento (artigo 24º do Decreto-Lei n.º 394/88, de 8 de novembro), o dos sócios, primeiramente, e depois da sociedade ou de uma pessoa por esta designada que têm preferência na venda ou na adjudicação judicial de quotas (artigo 239º n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais), o dos proprietários de prédios rústicos incluídos numa área de Reserva Agrícola Nacional que gozam de direito de preferência na alienação ou dação em cumprimento de prédios rústicos sítos na mesma área (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de junho). Outros diplomas legais preveem direitos legais de preferência, é o caso do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio e o Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro.

Estes diplomas legais regulam o direito de preferência que deve ser concedido aos sujeitos expropriados na zona de reabilitação urbana do centro histórico da cidade do Porto onde, por vezes, surgem questões relativas à prevalência no exercício do direito de preferência, à modificação do objeto e à modificação do uso do objeto. Debruçar-nos-emos sobre estes diplomas um pouco mais à frente, seguindo, ora, para uma análise geral do direito de preferência.

Tal como podemos verificar, o direito legal de preferência surge as mais das vezes nos casos de compra e venda, na eventualidade de o dono querer vender certo imóvel saber a quem deverá dar a preferência. Importa então saber como se deve notificar um terceiro para que este possa exercer o seu direito de preferência.

O obrigado a dar a preferência deve comunicar ao titular do respetivo direito o projeto de venda e as cláusulas do contrato, tal como dispõe o artigo 416º n.º 1 do Código Civil; o n.º 2 do mesmo artigo regula que, uma vez recebida a comunicação, deve o titular exercer o seu direito dentro do prazo de oito dias, sob pena de caducidade, salvo no caso de estar vinculado a prazo mais curto ou quando o obrigado lhe assinar um prazo mais largo.

No exercício do direito de preferência o artigo 416º n.º 1 do Código Civil impõe ao obrigado à preferência um dever de comunicação feita para que o preferente, tendo por base coisas concretas, possa decidir. O projeto de venda tem de incluir o preço concreto da alienação, as condições de pagamento, o prazo previsto para a realização do contrato e o nome da pessoa interessada em comprar. Levantam-se algumas questões relativas ao sigilo que os terceiros possam pedir, mas

esta continua a ser a posição jurisprudencial. Muitas vezes este projeto já consta de um contrato promessa entre o obrigado e o terceiro, sendo então este contrato promessa terá de ser comunicado ao preferente.

Do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1996⁷ retiramos que deve ser feita a comunicação pelo próprio obrigado e não se admite a comunicação pelo terceiro adquirente não obstante se admita que seja feita por um representante do obrigado.

Desde que a comunicação seja feita corretamente, o artigo 416º n.º 2 do Código Civil dá um prazo de oito dias, prazo supletivo, para o preferente decidir, sob pena de caducidade.

A lei não exige nenhuma forma especial para a comunicação do artigo 416º do Código Civil, é, à partida, uma comunicação extrajudicial, mas também é possível cumprir o dever estabelecido no artigo 416º do Código Civil através do tribunal, lançando-se mão do artigo 1458º do Código de Processo Civil, fazendo-se uma notificação para a preferência.

Ocorre violação dos deveres a cargo do obrigado à preferência quando este não adota o comportamento a que a lei obriga, nomeadamente nas seguintes hipóteses:

- vende imediatamente o bem;
- comunica o projeto, mas não espera pela resposta do preferente;
- faz a comunicação, mas vende mais favoravelmente a um terceiro;
- vende a terceiro depois de resposta positiva do preferente;
- faz uma comunicação defeituosa.

A violação do direito legal de preferência pode dar lugar a uma ação de preferência, prevista no artigo 1380º n.º 4 do Código Civil, que remete para o artigo 1410º do Código Civil.

O artigo 416º do Código Civil também não é cumprido se o obrigado apenas comunica ao preferente uma intenção de venda ou uma proposta vaga. Nesse caso o preferente pode adotar um dos seguintes comportamentos, querer preferir, nada dizer ou renunciar ao direito.

⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Fevereiro de 1996 (Processo n.º 087687), relatado por MIRANDA GUSMÃO, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e86caee180699f38802568fc003b8689?OpenDocument>

Se o preferente estiver disposto a acompanhar as condições do projeto, emite uma declaração de preferência. Segundo alguma doutrina e jurisprudência, a declaração de preferência pode dar origem a um contrato definitivo. Como tal, reveste extrema importância a distinção entre notificação para preferência e proposta contratual, pois não se processam a mesma forma nem têm o mesmo significado.

Parte da doutrina e da jurisprudência convertem notificação para preferência em proposta e declaração de preferência em aceitação, mas esta conversão não deve ser feita, pois são figuras distintas. A notificação para preferência é uma obrigação do obrigado à preferente, já a proposta contratual é feita livremente.

Ocorre com relativa frequência que o obrigado à preferência, decidindo-se a contratar em determinadas condições antes de ter qualquer projeto negocial assente com terceiro, comunica ao preferente a sua vontade, indagando junto deste se deseja exercer o seu direito. Nessas situações não existe notificação para preferir, antes uma simples proposta contratual, independentemente da designação que o autor dê à sua notificação.

A circunstância de o dever de notificação para preferência, configurar um verdadeiro dever jurídico, e não um simples ónus, implica o possível surgimento de uma obrigação de indemnização a favor de preferente, tendo em conta o ilícito praticado.

Esta notificação é feita nas mesmas condições em que o terceiro compraria, ou seja, ao preferente deve ser comunicada a futura venda do imóvel e, como verificamos anteriormente, no artigo 416º do Código Civil, nessa comunicação deve constar o projeto de venda, o preço da venda e as condições de pagamento. No entanto, este artigo, não contém qualquer exigência de forma, logo, não se exclui a forma verbal, pelo menos assim o tem entendido a doutrina, embora seja importante referir que a forma escrita será sempre mais segura.

Questiona-se se na notificação deverá vir indicado o nome do terceiro interessado. É certo que a existência de terceiro é *conditio sine qua non* para se considerar a existência de pacto de preferência. Neste sentido discute-se se é necessário ou não indicar a identidade do terceiro interessado na aquisição. Há quem, como H. Mesquita, entenda que não, pois não interessa para o preferente. Por outro lado, Antunes Varela julga haver certas situações em que para a opção é importante saber quem está interessado na compra, como é o caso dos arrendamentos, para o inquilino ou arrendatário saber quem vai ser o seu senhorio e também na compropriedade.

Com efeito, é nesta fase que começam a surgir alguns dos problemas que pretendo levantar.

Um deles referente ao nome do terceiro interessado, pois que será absolutamente fundamental que na comunicação de preferência conste o nome do terceiro interessado? À primeira vista responderíamos positivamente, pois é essencial que haja um terceiro interessado para que se trate de um direito de preferência, caso contrário, esta comunicação não seria mais do que uma mera proposta contratual, mas será o nome em si um fator indispensável? Este é um assunto que tem gerado muita discussão na nossa doutrina e em que vários autores têm diferentes opiniões, entendem alguns autores que o nome do terceiro não deve constar na notificação por não encontrarem motivos que o justifiquem, ao passo que outros autores consideram importante a referência ao nome do terceiro na notificação principalmente nos casos de arrendamento. Entendo que outros motivos justificam a referência ao nome do terceiro na declaração, veja-se os casos de simulação (artigos 240º e seguintes do Código Civil) em que preço declarado é maior do que o preço real por forma a afastar o exercício do direito de preferência pelo legítimo titular.

No entanto, é de extrema importância referir que o artigo 247º do Código Civil prevê este erro na declaração regulando que se, em virtude do erro, a vontade declarada não corresponder à vontade real do autor a declaração negocial é anulável. Assim, poderíamos presumir que a declaração de preferência do titular deste direito poderia ser anulável se, porventura, se provasse que este erro da notificação fosse essencial para o declarante, ora nestes termos, não me parece de todo que o nome de terceiro seja essencial de forma a alterar a vontade do preferente, ressalvando, no entanto, os casos de arrendamento em que é importante para o inquilino saber o nome do terceiro que será seu senhorio.

Nos casos em que se trate de um simples erro de escrita, em que o nome do terceiro esteja apenas mal escrito, diz-nos o artigo 249º do Código Civil que apenas dá direito à retificação da mesma, isto é, cabe ao obrigado à preferência voltar a notificar o preferente corrigindo o erro que cometeu e aí poderá o preferente que não pretendia exercer o seu direito declarar que pretende fazê-lo, mudando de ideias, mesmo não sendo o erro essencial para a sua tomada de decisão.

Também se coloca a questão da necessidade de comunicar ao preferente quando da primeira comunicação não se conclui o negócio com o terceiro interessado e posteriormente surge um novo terceiro interessado que quer realizar o negócio exatamente nas mesmas condições. Será necessário voltar a comunicar ao preferente quando este tiver declarado anteriormente que não pretendia exercer o direito de

preferência que lhe assiste? Terá este direito a mudar de opinião pelo simples facto de ser um novo comprador? Caso este o fizesse não estaria a preferir por outras razões que não as do real interesse no imóvel? Entendo que nesta situação é claro que ao preferir em função da pessoa que representa o terceiro interessado e não do preço e das condições de pagamento, o preferente não está de todo interessado no negócio mas talvez em prejudicar o terceiro interessado. Então será que o direito legal de preferência abrange esta possibilidade? Em resposta a esta pergunta, penso que o direito de preferência, tal como o direito de propriedade, nos dá o livre arbítrio sobre o bem e se o preferente quiser utilizar o seu direito legal de preferência para impedir que um terceiro interessado o faça estará no âmbito do seu direito, pois nada na lei o impede de o fazer.

Assim, tal como no caso anterior, em que o erro na declaração possibilita a mudança de posição do preferente, o mesmo acontece quando novo terceiro pretende realizar o negócio. E, mais uma vez, pode o preferente voltar a decidir se pretende exercer o seu direito de preferência ou não. Concluiremos, pois, que é necessário que o nome do interessado conste na comunicação e é deveras importante que o nome corresponda efetivamente à pessoa que realmente vai comprar o bem. Em relação ao preço do bem, este é de suprema importância, pois o preço que constar na comunicação terá que ser o preço pelo qual será vendido e a não ser assim poderemos estar perante uma simulação de preço tão-somente para impedir o preferente de acionar o seu direito de preferência.

Pode suceder que o obrigado à preferência pretenda alienar por um preço global, uma ou mais coisas juntamente com a que é objeto da preferência (artigo 417º do Código Civil), ou que ele receba, de terceiro, que pretende adquirir a coisa, a promessa de uma prestação acessória que o titular do direito de preferência não possa satisfazer (artigo 418º do Código Civil).

No caso do artigo 417º n.º 1 do Código Civil, sobre a venda juntamente com outras coisas, não sendo justo agravar os pressupostos da preferência, concede-se ao respetivo titular da preferência, a faculdade de restringir o seu direito à coisa a que se refere a preferência, reduzindo o preço devido à importância que proporcionalmente corresponde a essa coisa dentro do preço global estabelecido. O obrigado pode, contudo, opor-se à separação (artigo 417º n.º 1 *in fine* do Código Civil) das coisas, se ela envolver um prejuízo apreciável para os seus interesses. Nessa caso o preferente terá de exercer o seu direito, se o não quiser perder, relativamente ao conjunto das coisas alienadas, pelo preço global fixado.

Já no caso do artigo 418º do Código Civil, a prestação acessória que o preferente não pode satisfazer é irrelevante, se tiver sido convencionada com o mero intuito de afastar a preferência (artigo 418º n.º 2 do Código Civil). Também nenhum efeito terá se, não sendo avaliável em dinheiro, não for essencial ao contrato que o obrigado pretende celebrar. Caso a prestação seja essencial e não haja intuito fraudulento das partes, a preferência fica excluída, sem prejuízo da indemnização a que o preferente tenha direito (artigo 418º n.º 1 do Código Civil). Se a prestação acessória não fraudulenta for avaliável em dinheiro o preferente que pretenda exercer o seu direito terá de acrescentar o valor dela ao peço convencionado.

A violação dum direito de preferência tem consequências. São exemplos de violação desse direito os seguintes casos:

- não comunica o projeto de venda e aliena imediatamente a um terceiro;
- comunica ao preferente mas de maneira defeituosa, omitindo algum elemento;
- comunica o seu projeto de venda mas não espera a resposta vendendo logo;
- comunicação bem feita que esperou pela resposta, mas depois não celebrou contrato. É importante ressaltar que esta forma de violação só existe para quem entenda que o direito de preferência não tem conteúdo negativo, como é o caso de Manuel de Andrade⁸ e Galvão Teles⁹, para quem a obrigação de preferência corresponde a uma verdadeira obrigação de contratar condicionado potestativamente a parte *debetoris*, a de que o devedor decida contratar, e, simultaneamente, a uma condição potestativa a parte *creditoris*, a de que o credor pretenda exercer a preferência. Por seu lado, Carlos Barata¹⁰ entende que a obrigação de preferência tem um conteúdo negativo, o de não celebrar o contrato com mais ninguém excetuando o titular da preferência.

Em todos estes casos há violação gerando o surgimento de indemnização no pacto de preferência sem eficácia real. Já nos casos de pacto de preferência com eficácia

⁸ ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª Edição Coimbra: Almedina, 1966, p. 20, nota 1 e p. 156

⁹ TELLES, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*. 7.ª Edição, (Revista e Atualizada) [S. l.] : Coimbra Editora, 2010, p. 163

¹⁰ BARATA, Carlos Lacerda – *Da Obrigação de Preferência - Contributo para o estudo do artigo 416º do Código Civil*. [S. l.] : Coimbra Editora, 2002, pp. 150 e ss.

real ou de direitos legais de preferência, a consequência é mais grave, pois o preferente tem a possibilidade de interpor uma ação de preferência.

A estrutura da ação de preferência é a que decorre do artigo 1410º do Código Civil, ação de preferência do comproprietário que, assim, vai ter aplicação generalizada. Se não houver venda, o prazo de seis meses para o preferente intentar a ação de preferência começa a contar-se a partir do momento em que a promessa de vender tenha contornos definitivos, isto é, sejam conhecidos os elementos essenciais da alienação, já assim não será se a promessa apresentar uma cláusula de arrependimento, pois, neste caso, há que esperar pela concretização da alienação.

Em qualquer dos casos, o preferente deve depositar o preço devido nos quinze dias seguintes ao despacho que ordene a citação dos réus. Através da ação de preferência o titular lesado tem a faculdade de haver para si a coisa alienada; embora discutível, há na doutrina quem entenda que, através da ação de preferência, o titular lesado tem a faculdade de se colocar na posição do terceiro adquirente, como se o contrato tivesse sido concluído consigo desde o início. Terá, para tal, de preencher os requisitos estabelecidos pelo artigo 1410º n.º 1 do Código Civil, a saber, o de requerer nos seis meses subsequentes ao conhecimento dos elementos essenciais da alienação e o de depositar judicialmente o objeto da prestação que lhe cumpre efetuar – o depósito do preço.

A ação de preferência prevista no 1410º do Código Civil, que é a norma geral, é, portanto, uma ação sujeita a um prazo de seis meses, contados a partir do conhecimento dos elementos essenciais de alienação, ação esta em que tem de se depositar o preço nos quinze dias seguintes à propositura da ação. Exige-se o depósito do preço para responsabilizar o preferente e é também uma garantia para o alienante, porque este podia correr o risco de não fazer o negócio nem com o preferente nem com o terceiro. Neste domínio, a doutrina divide-se em duas posições distintas.

Para Brandão Proença, na linha de Oliveira Ascensão e Menezes Leitão e para a jurisprudência dominante, o preço depositado deverá ser o preço *tout court*, ou apenas o preço do bem, pelo que o terceiro substituído apenas tem direito ao preço do bem, sendo que a garantia da sua receção é dada pelo depósito previsto na parte final do artigo 1410º n.º 1 do Código Civil. Por outro lado, há casos de isenção de IMT – Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis –, nos quais não faria sentido que o preferente depositasse o seu valor, uma vez que já vai ter de suportar o custo do registo da sentença da ação de preferência, por isso seria despropositadamente injusto

que ainda suportasse as despesas de escritura e de registo quando adquire no seguimento de uma sentença. Galvão Telles, Antunes Varela e Almeida Costa¹¹, sustentam que o preço quer significar o preço do objeto propriamente dito acrescido das despesas – escritura, registo e IMT –, sob pena da ação não proceder, devendo o preferido ser reembolsado pelo preferente.

De notar que a preferência não é transmissível (artigo 420º do Código Civil), pois que esta é concedida *intuitu personae*. No entanto a lei admite disposição em contrário (artigo 420º *in fine* do Código Civil), tal pode resultar, eventualmente, e de forma tácita do contrato.

Alguns problemas se colocam na ação de preferência.

Em primeiro lugar a questão da legitimidade passiva, ou seja, saber contra quem é que deve ser intentada a ação, contra o obrigado ou contra terceiro. A doutrina consagra duas teses, a de Antunes Varela que entende que a ação de preferência deve ser intentada simultaneamente contra o obrigado e contra o terceiro, reforçando esta sua ideia ainda com recurso a um argumento substancial, afirmando que seria imoral que a pessoa que desencadeia todo o processo conducente à ação – o obrigado à preferência – nela não estivesse presente, sendo um terceiro a suportar as custas do tribunal, numa ideia de litisconsórcio necessário passivo, tal como consagrada no artigo 28º do Código de Processo Civil. Se a ação de preferência tiver sucesso, irá provocar uma substituição do terceiro pelo preferente, justificando-se, todavia, que o terceiro seja indemnizado pelo obrigado à preferência.

Por outro lado, Galvão Telles, Meneses Cordeiro e Almeida Costa, bem como a maioria da jurisprudência dos tribunais entendem que a ação deve ser intentada apenas contra o terceiro, por se visar tão-somente a sua substituição, ignorando o elemento literal. Almeida Costa, contudo, admite duas exceções, no âmbito das quais o alienante deve estar também presente na ação, havendo, assim, litisconsórcio necessário passivo, nos casos de possibilidade de ser condenado a indemnizar e nos casos de simulação do preço.

No sábio entendimento de Brandão Proença a tese mais acertada é a defendida por Antunes Varela e apoiada por Menezes Leitão, pois seria imoral não estar na ação o seu causador, o obrigado à preferência, sendo um terceiro a suportar as custas do

¹¹ ASCENÇÃO, José Oliveira de – O depósito do preço na acção de preferência. *Revista dos Tribunais*. Ano 93, N.º 1900, pp. 147-168

tribunal. Esta propugna pela necessidade do litisconsórcio necessário passivo, isto é, a ação deve ser proposta contra o alienante e o terceiro, isto porque deverá invocar-se o interesse que o obrigado à preferência tem de estar na ação, sobretudo porque a demanda do preferente foi provocada exatamente pelo obrigado à preferência.

De seguida levanta-se a questão do alcance da palavra “preço”. Também neste domínio a doutrina se divide. Antunes Varela e Almeida Costa entendem que o preço quer significar o preço do objeto propriamente dito acrescido das despesas (escritura, registo, entre outros) que o terceiro tenha despendido na ação. Já Brandão Proença entende que o preço deve apenas ser o preço do bem, pois não tem sentido proteger o terceiro à custa do preferente, devendo-se fazer recair essa proteção sobre o vendedor.

Outro problema é a questão do preço simulado, pois pode acontecer que o preço seja simulado por duas diferentes ordens de razão, quando o preço declarado é maior do que o preço real, visando afastar o exercício do direito de preferência pelo legítimo titular, sendo, neste caso, o acordo nulo e o preferente deve ser admitido a exercer o seu direito pelo preço verdadeiro.

Levanta-se, nestes casos, um importante problema de natureza processual, atacar logo a simulação pode fazer perigar o prazo dos seis meses da ação de preferência, para obviar esta possível limitação, Antunes Varela sugere que se prefira primeiro, intentando-se, em primeiro lugar, uma ação de preferência, depositando, o preferente, o preço verdadeiro e suscitando o problema da simulação dentro da ação de preferência. Será, todavia, mais prudente que deposite o preço declarado, mas com a permissão de corrigir o seu depósito caso a questão da simulação a apreciar se decida a seu favor.

Já nos casos em que o preço declarado é inferior ao real, visando-se defraudar o Estado a questão torna-se mais complicada, havendo quem defenda que o preferente deve continuar a preferir pelo preço real, o que, à luz do artigo 1410º do Código Civil não faz sentido, mas outros há, como Antunes Varela que admitem que o preferente deve preferir pelo preço declarado, o que terá o inconveniente de lhe dar uma vantagem fundada em motivos ilícitos.

Temos depois a questão da pluralidade dos titulares do exercício de preferência, há, pois, que entender se estamos no âmbito da contitularidade ou da titularidade paralela. Sendo contitularidade o direito de preferência deve ser exercido por todos em conjunto, conforme o artigo 1031º do Código de Processo Civil, e acontece quando a

preferência deve ser exercida conjuntamente por todos os seus titulares¹² e caso algum dos interessados não possa ou não queira usar da preferência o direito dos restantes amplia-se imediatamente a todo o objeto do pacto¹³.

Já sendo titularidade paralela temos várias pessoas potencialmente preferentes, que à partida podem exercer o seu direito, mas o direito só irá ser exercido por uma delas (artigo 419º n.º 2 do Código Civil), mas qual o critério para dizer qual exerce? Por vezes, o próprio pacto de preferência já estabelece o elenco de preferentes por ordem de prioridade, tendo em vista o exercício do direito. Na falta de critério estabelecido pelo pacto, e caso não exista qualquer outro processo de graduação dos interessados, abrir-se-á licitação entre eles, a partir do preço estipulado, revertendo o excesso para o alienante (artigo 419º n.º 2 do Código Civil). Nas preferências legais podemos ter uma ordem sucessiva dos preferentes (artigos 1380º e 1461º do Código Civil). Nas preferências legais que não tenham aquela ordenação deverá ser seguido o regime do critério competitivo, procede-se a uma licitação entre os preferentes (“quem der mais”).

Uma vez estudado o regime geral do direito de preferência, pretendo na última parte da minha tese responder as questões levantadas na exposição do meu tema.

Assim, pretendo recorrer a este regime geral do Código Civil, regime geral do Código de Processo Civil, ao Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio e ao Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro.

¹² Caso de dois ou mais herdeiros sucederem ao titular de direito que os interessados consideram transmissível *mortis causa* (artigo 420º CC).

¹³ Fenómeno semelhante ao direito de não decrescer (artigo 419º n.º1 CC).

Parte III – Proposta de Resolução

Para começar a resolver as questões que vão surgindo na análise deste tema, há que, em primeiro lugar explicar a forma como surgiu a ideia de trabalhar este tema.

Estando eu a trabalhar num caso de reabilitação Urbana sobre um imóvel da cidade do Porto, conclui que o direito de preferência e o seu processo eram mais complexos do que transparecia numa primeira leitura. Ao analisar mais aprofundadamente o caso verifiquei que a resolução de diversas questões que o caso levantava nem sempre são discutidas pela nossa doutrina.

Ora, no dito imóvel da cidade do Porto as obras de reabilitação levaram à modificação total do mesmo. Este imóvel era objeto de preferência sendo que os seus titulares eram os antigos proprietários que foram expropriados devido à reabilitação.

Dado as grandes dimensões do imóvel várias foram as modificações realizadas pela construtora no âmbito da reabilitação, nomeadamente modificações no âmbito da propriedade horizontal – alterando as frações e as superfícies das mesmas –; em certos casos houve modificação total do objeto inicial, deixando este de existir e tornando-se num objeto totalmente diferente daquilo que era, perdendo por completo a sua identidade – imaginemos um apartamento que deixa de existir para ser substituído por um lance de escadas.

Nas situações em que se dá a modificação parcial do objeto parte do mesmo continua intacto mas a outra parte foi modificada – veja-se o caso da redução ou aumento de áreas.

Curioso também é o caso em que se dá a junção de vários objetos de preferência independentes dando origem a um único objeto indivisível, isto é, quando por força da reabilitação há junção de várias frações gerando um único espaço indivisível. Este foi o caso que sucedeu no referido imóvel quando construíram um parque de estacionamento, pois as áreas do mesmo eram inicialmente objeto de direitos de preferência independentes atribuídos a diferentes titulares. Neste caso dá-se a ampliação do direito da preferência que inicialmente era relativo a uma área pequena, mas que ora abrange uma nova construção mais ampla, acrescentando o fato de haver vários preferentes, passando o direito de preferência a competir a várias pessoas simultaneamente.

O contrário também acontece quando se dá a divisão de uma área ampla em áreas mais pequenas dividindo um só objeto em vários e por conseguinte dividindo autonomamente a titularidade de um direito de preferência em vários direitos de preferência.

Por fim, restam ainda os casos em que há a modificação relativamente ao fim para o qual o objeto era destinado, isto é, quando o fim para o qual se destinava se alterou – veja-se o caso de uma fração que se destinava à habitação que se transforma num restaurante.

Posto isto, é cada uma destas situações que pretendo analisar aprofundadamente. Para tanto, recorrerei maioritariamente à lei, visto que a doutrina portuguesa pouco estuda o assunto. Sucede que mesmo o direito comparado não nos elucida quanto a estas questões, o que não surpreende visto que poucos ordenamentos jurídicos têm tantos direitos legais de preferência como o nosso ordenamento jurídico. Diga-se, aliás, que Portugal é um dos países com o maior número de preferências legais.

Assim sendo, deter-me-ei na análise do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio e do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, bem como dos artigos relevantes do Código Civil e do Código de Processo Civil.

A reabilitação Urbana realiza-se nas zonas históricas de um município e essa zona é classificada como zona histórica em plano municipal de ordenamento do território, conforme nos indica o artigo 1.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio.

As operações de reabilitação têm carácter urgente por isso é que se recorre à expropriação para que possam ser realizadas as obras o mais rápido possível a fim de se poder resguardar a fisionomia do prédio e por conseguinte salvaguardar a zona histórica.

Como foi dito anteriormente, os municípios podem criar empresas municipais de reabilitação urbana. Ora, de acordo com o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio, a denominação destas empresas deve conter a expressão SRU, significando Sociedade de Reabilitação Urbana. Como tal, a empresa municipal de reabilitação urbana no município do Porto tem o nome de PORTOVIVO, SRU - Sociedade de Reabilitação Urbana da Baixa Portuense, SA.

No artigo 6.º do dito Decreto-Lei encontramos reguladas as competências da SRU no âmbito do processo de reabilitação urbana. Dentro destas competências importa-nos salientar que cabe às SRU expropriar os bens imóveis e os direitos a eles

inerentes destinados à reabilitação urbana, bem como constituir servidões administrativas para os mesmos fins e proceder a operações de realojamento. Assim sendo, podemos concluir que todo o processo de reabilitação urbana passa pela competência da SRU.

No entanto, cabe em primeiro lugar aos proprietários e demais titulares de direitos reais sobre os imóveis realizar a reabilitação urbana tal como previsto no artigo 6º do Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro e cabe à SRU apoiá-los na sua preparação e execução, conforme o artigo 13º n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio.

Dita o artigo 39º do Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro que os proprietários têm a faculdade de por iniciativa própria promover a operação de reabilitação urbana. Do mesmo modo, à imagem do que acontece no artigo 35º do mesmo Decreto-Lei, em que os proprietários podem propor a delimitação das unidades de intervenção ou de execução, também aqui a totalidade dos proprietários em causa, tem a faculdade de apresentar à SRU uma proposta de documento estratégico previsto no artigo 15º do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio, cabendo a esta pronunciar-se sobre esta proposta no prazo de trinta dias, sob pena de a considerar rejeitada. Quando a proposta é rejeitada cabe à SRU garantir o direito de participação dos interessados no procedimento de elaboração daquele documento e estes poderão apresentar à SRU as suas sugestões e críticas durante o prazo de vinte dias que decorrerá desde a afixação de avisos para comunicação da conclusão da elaboração de um projeto base de documento estratégico como dita o artigo 16º do mesmo Decreto-Lei.

Uma vez concluída a elaboração do documento estratégico e não tendo os proprietários entregado nenhuma proposta deste documento, a SRU deve notificar os proprietários e demais titulares de direitos reais conhecidos e arrendatários da decisão relativamente à definição de uma concreta unidade de intervenção, bem como do conteúdo desse documento, e promover a dinamização do processo com vista à assunção pelos proprietários da responsabilidade de reabilitação (artigo 17º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio).

O artigo 18º do dito Decreto-Lei regula o procedimento por via de acordo entre a SRU e os proprietários. Quando esteja prevista a expropriação de alguns proprietários no documento estratégico ou não haja o acordo previsto no artigo 20º n.º1 do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio, a SRU deverá de imediato dar início às negociações de aquisição desta propriedade. Assim, de acordo com o artigo 21º do mencionado

Decreto-Lei, a SRU procederá à expropriação dos imóveis ou frações a reabilitar nos termos do Código das Expropriações, gozando os expropriados de todos os direitos e garantias consagrados neste Código. Neste seguimento, a propriedade destes imóveis expropriados será adquirida pela SRU.

O cálculo do montante indemnizatório para os proprietários expropriados está previsto no artigo 23º e seguintes do Código das Expropriações.

Posto isto, e chegado o momento da primeira alienação das frações ou imóveis já reabilitados, os antigos proprietários dos bens expropriados terão o direito de preferência. O artigo 25º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio, regula a notificação de preferência prevista para este casos e diz-nos que, tal como o previsto no artigo 416º do Código Civil, a entidade que pretenda vender o bem reabilitado deverá notificar o preferente – o antigo proprietário – da sua intenção, com a indicação do preço proposto, por carta registada com aviso de receção, ficando o preferente com o direito de declarar se pretende adquirir o bem devendo fazê-lo no prazo de oito dias. Diz-nos o n.º 3 do mesmo artigo que o preço proposto deve corresponder ao preço base pelo qual o bem será colocado no mercado, no caso de o preferente não exercer a preferência.

Podemos aqui questionar se existirá de facto um direito de preferência legal previsto no artigo 25º n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei em análise, isto porque no n.º 2 do citado artigo não encontramos referência a um possível terceiro interessado na alienação do bem, este n.º 2 apenas clarifica a forma e o prazo de notificação, e que desta tem somente de contar o preço. Como bem sabemos, para haver um direito de preferência tem de haver um terceiro interessado na alienação do bem, pois que, se este não existir, não existirá razão para a preferência, assim, quando no n.º 3 do mesmo artigo nos apercebemos que o preço é estabelecido segundo o preço de mercado, poderemos concluir que não haverá nenhum terceiro interessado e assim não estaremos perante um direito de preferência, mas antes uma simples proposta de alienação. Assim tem entendido também a nossa jurisprudência.

No artigo 25º n.º 5 do Decreto-Lei que ora analisamos coloca-se a hipótese de o preferente não exercer a preferência e de só encontrar um novo comprador por um preço inferior ao proposto, neste caso, a entidade expropriante deverá voltar a notificar o preferente – antigo proprietário – para que este se pronuncie quanto ao exercício do seu direito de preferência no novo prazo de oito dias.

A questão que eu coloco é a contrária: e se o preço acordado com terceiro fosse superior ao proposto na notificação de preferência ao antigo proprietário? Será necessário neste caso voltar a notificar o preferente para que este se pronuncie novamente em relação ao seu exercício de preferência? Não será evidente que se este não preferiu por menos não irá preferir por mais? À partida podemos considerar logo que sim e que não fará sentido voltar a notificar o antigo proprietário quando este não quis exercer o seu direito por um valor inferior ao agora acordado com o terceiro; no entanto, caso isto aconteça estaríamos a negligenciar a vontade do preferente pois este poderia, à data, ter melhores condições financeiras para preferir por um valor mais alto do que na altura em que foi notificado pela primeira vez e se assim fosse estaríamos a desconsiderar o seu interesse. Por esta razão entendo ser necessário voltar a notificar o preferente sempre que haja uma alteração de preço, seja ele superior ou inferior. É certo que a lei não prevê que assim seja mas também não prevê o contrário, logo entendo ser legítimo que assim se proceda e que a lei deveria pronunciar-se relativamente a estes casos.

Nos artigos 28º e 29º do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio encontramos previsto o regime dos direitos de preferência dos arrendatários habitacionais ou não habitacionais. No primeiro caso, têm direito de preferência em qualquer arrendamento que o proprietário queira celebrar, até dezoito meses a contar da emissão de alvará de utilização do objeto reabilitado, os arrendatários habitacionais que viram o seu contrato de arrendamento caducado por força da expropriação. A notificação de preferência para este efeito é efetuada para a morada que o arrendatário tiver indicado à entidade expropriante, com o mesmo prazo de oito dias previsto no artigo 416º do Código Civil para exercício do seu direito.

Embora não me pretenda debruçar sobre o direito de preferência dos arrendatários por virtude da reabilitação urbana, é pertinente referir a existência deste direito que tal como o direito de preferência dos proprietários é também um direito legal de preferência. Nas situações de direitos de preferência dos arrendatários não habitacionais, quando para a fração em causa esteja prevista a utilização comercial depois da operação de reabilitação urbana realizada, o arrendatário tem o direito de optar entre a indemnização por caducidade de arrendamento e a reocupação da fração nos termos de um novo contrato de arrendamento, conforme prevê o citado artigo 29º n.º 1.

Em concordância com o artigo 31º do supracitado Decreto-Lei, a SRU pode celebrar contratos de reabilitação urbana com parceiros privados que ficam encarregues de executar a reabilitação da unidade de intervenção, e a escolha destes parceiros privados deve ser feita através de concurso público respeitando os prazos adequados de apresentação das propostas e os demais princípios concursais; é o caso do contrato celebrado com a PORTOVIVO, SRU - Sociedade de Reabilitação Urbana da Baixa Portuense, SA e a LUCIOS, Engenharia e Construção¹⁴.

Existe ainda a possibilidade de ser constituído um fundo de investimento imobiliário, pois tal como previsto nos artigos 41º do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio e 77º do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, poderão constituir-se fundos de investimento imobiliários fechados de subscrição particular. Foi o que aconteceu na cidade do Porto com a reabilitação urbana realizada no Quarteirão das Cardosas, em que foi constituído um fundo fechado de investimento imobiliário, chamado FOUR FUND, com a sociedade gestora de fundos de investimentos imobiliários denominada FundBox – Sociedade Gestora de Fundos de Investimento Imobiliário, SA.

Neste caso, é à entidade gestora do fundo de investimento imobiliário que cabe a tarefa de notificar os preferentes relativamente ao exercício do seu direito de preferência. Esta notificação processa-se da mesma forma que dita o artigo 25º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio.

No entanto, para além da notificação de preferência feita aos antigos preferentes, surge o dever de notificar também a SRU, nas transmissões a título oneroso entre particulares, pois a sociedade de reabilitação urbana e, por conseguinte, a entidade gestora para a reabilitação, adquire o direito de preferência concedido pelo artigo 58º do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, pois para poder proceder à reabilitação urbana tem que ter preferência na compra do bem expropriado, neste seguimento, o n.º 3 deste artigo diz-nos que este direito só pode ser exercido quando a entidade gestora entenda que o imóvel deve ser objeto de intervenção no âmbito da operação de reabilitação urbana. Da leitura do artigo 10º do mesmo Decreto-Lei retiramos que pode também revestir a qualidade de entidade gestora o município ou uma empresa do setor imobiliário local, podendo, assim, deduzir que também o município terá de ser notificado para preferência quando este revestir a qualidade de entidade gestora.

¹⁴ Empresa encarregue de realizar a reabilitação urbana.

A entidade gestora e o município dispõem também do direito de preferência na alienação do imóvel em hasta pública nas situações de venda forçada, prevista no artigo 62º do Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro.

Quando a entidade gestora for uma sociedade de reabilitação urbana (artigo 79º n.º1 do Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro, por força do artigo 36º n.º 4 do mesmo Decreto-Lei), presume-se delegados os poderes previstos no artigo 45º n.º1 e artigo 34º alíneas a), c) e e) do supra citado Decreto-Lei. Entre estes artigos é importante destacar o artigo 34º alínea c), por incluir, entre outros, o dever de a SRU “(...) *identificar os proprietários e titulares de outros direitos, ónus e encargos, ou mencionar, se for o caso, que os mesmos são desconhecidos.*”

Também o artigo 17º-A do Código das Expropriações impõe um dever ao expropriado de comunicar à entidade expropriante, por escrito, qualquer alteração da sua residência habitual ou sede, assim, caso haja alteração de morada do expropriante depois da declaração de utilidade pública ou da sua renovação, sempre publicados por extrato na 2ª Série do Diário da República, a entidade gestora saberá que houve alteração de um expropriado, podendo a qualquer altura notificá-lo para o exercício do seu direito de preferência para a morada correta. Caso esta alteração de morada não seja comunicada pelo expropriado à entidade gestora, não lhe dará direito a ser notificado uma segunda vez para outra morada, diferente daquela que consta em Diário da República, logo é de suma importância que os antigos proprietários comuniquem à entidade gestora as suas alterações de morada para que possam ser devidamente notificados e exercer o seu direito de preferência se assim o desejarem.

Analisado o processo de reabilitação e os aspetos fundamentais para resolução deste tema cabe agora tentar dar resposta às questões anteriormente mencionadas.

É de extrema importância ressaltar que apesar de todas as modificações do objeto sujeito da reabilitação urbana há que ter em conta os artigos 77º e 81º-A do Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro, que proíbem ou restringem certas modificações ao objeto da reabilitação urbana.

Posto isto, chegamos à parte crucial desta tese, analisar a modificação do objeto.

Vimos que a reabilitação urbana tem como finalidade reabilitar imóveis com o intuito de preservar a fisionomia do imóvel e toda a envolvência da zona histórica.

Havendo total modificação do objeto, o direito de preferência – direito real, já que se trata de um direito subjetivo, no sentido de poder jurídico absoluto, atribuído a uma pessoa determinada para a realização de interesses jurídico-privados, mediante o

aproveitamento imediato de utilidades de uma coisa corpórea –, não desaparece, havendo a possibilidade de exercer este direito, pelo menos, relativamente ao objeto inicial deste direito.

O direito de preferência é posto em causa quando o titular deste direito deixa de ter objeto para preferir e nesta situação quem será o responsável? Estaremos perante uma figura semelhante à expropriação quando o proprietário de determinado imóvel se vê privado do seu direito de propriedade em casos de reabilitação urbana? Entendo que o que acontece nestes casos é semelhante ao que sucede na expropriação dos proprietários de imóveis objetos de reabilitação urbana, mas ao invés de estarmos perante um direito de propriedade estamos perante um direito de preferência.

No entanto, será possível dizer-se que um direito de preferência pode sofrer uma expropriação? Por outras palavras, será possível expropriar-se um direito de preferência? Ora o direito de preferência *per si* não é uma coisa corpórea, o exercício deste direito é que recai sobre uma coisa corpórea e se esta coisa deixar de existir estaremos perante um exercício de direito de preferência que se tornou impossível por falta de objeto.

Podemos, analogicamente, comparar este caso com os casos de impossibilidade originária da prestação prevista no artigo 401º do Código Civil, em que a impossibilidade do objeto da prestação produz a nulidade do negócio exceto no caso de esta prestação se tornar possível. Se assim se proceder neste caso então teremos a nulidade deste direito de preferência que só se tornará válido se o objeto da preferência também se tornar possível. Da mesma forma que a expropriação é feita sobre o objeto, propriedade do expropriado, e põe em causa o seu direito real sobre o imóvel em troca de uma indemnização ou de realojamento, o direito de preferência também foi posto em causa e da mesma forma, o titular deste direito deverá ser indemnizado.

Assim, concluímos que quando não há objeto e, em consequência, o direito de preferir se torna impossível, haverá nulidade do direito de preferência. No entanto, da mesma forma que os expropriados são indemnizados quando são obrigados a alienar as suas propriedades, também o deverão ser quando o seu direito de preferir sobre a sua antiga propriedade se torna impossível, pois este é um direito que lhes é conferido pela lei e, como tal, a entidade gestora que precede à reabilitação deverá indemnizar o expropriado à luz do artigo 562º do Código Civil.

Para melhor compreensão podemos analisar o exemplo já referido de uma fração para habitação se transforma num lance de escadas depois da reabilitação. Parece claro

que ninguém irá preferir um lance de escadas pois, para além deste lance ter serventia para a totalidade dos condóminos, o preferente não estaria a preferir por um objeto igual ao de que era inicialmente titular.

É importante não confundir esta situação com aquelas em que o objeto sofre uma simples alteração no fim para o qual era destinado, pois, neste caso, embora a finalidade do objeto seja diferente, o objeto também o é na sua totalidade e esta mudança não permite a utilização do objeto pelo seu preferente, pois este não poderá explorar o objeto de forma alguma. Já no caso em que se dá a modificação do fim para o qual o objeto se destina o direito da preferência não se altera, pelo que o titular do direito da preferência tem igualmente o direito de preferir sobre o objeto a que se destina a preferência, pese embora o fato do fim a que este objeto se destinava ser totalmente diferente.

Uma fração que se destinava à habitação pode, uma vez terminada a reabilitação, passar a destinar-se à restauração e, assim sendo, cabe ao preferente decidir se pretende preferir na alienação desta fração, tendo em consideração o fato de este já não se destinar à habitação. Não considero que este caso seja problemático, pois o titular da preferência não vê o seu direito posto em causa, mas apenas a utilidade do objeto é alterada, contudo, não poderemos esquecer que esta alteração vinha prevista no documento estratégico, documento este que poderia ser elaborado pela totalidade dos proprietários e, mesmo que não o fosse, estes teriam sempre a possibilidade de sugerir alterações.

Nos casos em que se dá a modificação parcial do objeto, o preferente também não perde o seu direito de preferir. No entanto, o objeto foi parcialmente modificado, o que significa que o preferente poderá ter que preferir por um objeto com maior ou menores dimensões, pois embora o artigo 1029º n.º 1 do Código de Processo Civil prescreva que o preço seja proporcionalmente calculado em relação à coisa objeto da preferência, o n.º 2 do mesmo artigo regula que a parte contrária – neste caso a entidade gestora – pode deduzir oposição ao requerido se a coisa preferida não puder ser separada sem prejuízo apreciável.

Nos casos em que o objeto se modifica, transformando-se num espaço menor do que era inicialmente, o preferente será prejudicado, pois o seu direito de preferência abrangia um espaço maior do que o que agora abrange, no entanto não me parece que nesta situação o preferente tenha direito a ser indemnizado, pois o seu direito de

preferência continua a poder ser exercido, modificando apenas as dimensões do objeto consequência da reabilitação urbana.

Seguindo o mesmo raciocínio não se põe em causa o direito de preferência do antigo proprietário quando o objeto ficou com dimensões maiores depois da reabilitação e não me parece, de todo, justificável que se invoque um enriquecimento sem causa previsto (artigo 473º do Código Civil), pois tal como não me parece ser adequado indemnizar o preferente quando o objeto fica diminuto, também não me parece adequado apelar ao enriquecimento sem causa quando o objeto é ampliado, até porque o que está aqui em causa é o direito de preferência que recai sobre o objeto e não o objeto em si.

O citado artigo 1029º n.º 3 diz-nos que o preferente perde o seu direito, a menos que exerça a preferência em relação a todas as coisas, ou seja, terá que preferir em relação ao novo objeto seja ele maior ou, interpretando o artigo *a contrario sensu*, sendo ele menor.

Há, ainda, que analisar os casos em que a reabilitação urbana leva à junção de várias propriedades independentes entre si anteriormente pertencentes aos antigos proprietários agora expropriados. Com a junção destas frações cria-se um novo objeto até então inexistente, mas que comporta vários direitos de preferência pois cada propriedade expropriada confere um direito de preferência a cada um dos seus proprietários expropriados. Como resolver esta questão?

O objeto que resulta da junção das várias propriedades é agora um objeto indivisível com vários titulares do mesmo direito de preferência. Como já vimos anteriormente, quando o objeto não pode ser separado sem prejuízo apreciável a preferência tem que ser exercida na sua totalidade, sob pena de o titular perder este direito. A jurisprudência também assim entende, conforme podemos ler no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de dezembro de 2007¹⁵ “(S)endo o prédio objeto de preferência atravessado por uma estrada e na ausência de fracionamento em dois artigos matriciais, o direito terá de ser exercido em relação à totalidade.”. A resolução para esta questão encontra-se no artigo 1032º do Código de Processo Civil:

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de dezembro de 2007 (Processo n.º 160/04), relatado por TÁVORA VÍTOR, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/842411271e19fd3e802573c9005b6dcf?OpenDocument>

“1 - Se o direito de preferência competir a várias pessoas simultaneamente, mas houver de ser exercido apenas por uma, não designada, há de o requerente pedir que sejam todas notificadas para comparecer no dia e hora que forem fixados, a fim de se proceder a licitação entre elas; o resultado da licitação é reduzido a auto, no qual se regista o maior lance de cada licitante.

2 - O direito de preferência é atribuído ao licitante que ofereça o lance mais elevado; perde-o, porém, nos casos previstos no artigo 1029.º.

3 - Havendo perda do direito atribuído, este devolve-se ao interessado que tiver oferecido o lance imediatamente inferior, e assim sucessivamente, mas o prazo de 20 dias fixado no artigo 1029.º fica reduzido a metade; à medida que cada um dos licitantes for perdendo o seu direito, o requerente da notificação deve pedir que o facto seja notificado ao licitante imediato.

4 - No caso de devolução do direito de preferência, os licitantes não incorrem em responsabilidade se não mantiverem o seu lance e não quiserem exercer o direito.”

Retiramos, portanto, da interpretação deste artigo que para o exercício do direito de preferência ser exercido por apenas um dos titulares de direito da preferência, visto que não podem exercer todos este direito simultaneamente, deve proceder-se a uma licitação, resultando na indicação de quem será o titular do direito de preferência que irá preferir por ter feito o maior lance. Podemos, logo, deduzir que quem tiver maior poder económico será quem terá a possibilidade de exercer o seu direito.

Em sede de direito poderá questionar-se se é “justo” que prevaleça o direito de quem pode pagar mais, mas tratando-se de uma alienação é compreensível que se opte por uma negociação mais vantajosa para o vendedor e, por outro lado, não parece haver alternativa de resolução, pois não me parece acertado recorrer ao direito de aquisição mais antigo dos anteriores proprietários uma vez que, sendo mais antigo ou mais recente, o direito real de propriedade é inquestionável e, como tal, a data de aquisição do mesmo não pode influenciar para que haja supremacia de um direito sobre outro. Também não me parece viável a aplicação do artigo 1036º n.º 2 do Código de Processo Civil, uma vez que o objeto é indivisível e não pode ser deduzido em quotas proporcionalmente, visto que nem todos os titulares do direito de preferência poderão querer preferir e não será fácil encontrar compradores para um objeto que se encontra dividido por quotas.

Como tal, a entidade gestora deverá notificar todos os antigos proprietários que têm direito de preferência sobre parte do bem e, na eventualidade de mais de um dos preferentes querer exercer o seu direito e preferência, terão que ser novamente notificados para que compareçam no dia e hora fixados a fim de se proceder à licitação. O licitante que ofereça o lance mais alto será aquele que poderá exercer o direito de preferência e, caso este perca o direito de preferência ou desista de o exercer, devolve-se o direito de preferir ao interessado que tiver oferecido o lance imediatamente inferior.

O que acontece nestes casos é a ampliação do direito de preferência que era inicialmente relativo a uma área mais pequena e que agora se modificou para uma área mais ampla, e, portanto, o licitante que adquirir o direito a preferir verá na sua esfera jurídica um direito de preferência mais amplo.

Outras situações poderão surgir em que o objeto de direito de preferência se divide em vários objetos, acontecendo o contrário do que acontece no caso anterior. Dando-se a divisão do objeto de preferência em vários objetos, o titular do direito de preferência deste objeto não vê o seu direito ampliado mas sim dividido em vários direitos, pois poderá preferir em cada uma das alienações destes objetos desde que estes correspondam ao espaço referente à propriedade expropriada do titular da preferência.

À laia de conclusão, diremos que o direito de preferência não é tao linear como por vezes se possa pensar, pois se aprofundarmos o seu estudo, várias serão as questões que poderemos levantar sem que consigamos encontrar uma resposta imediata e precisa.

É certo que quanto mais vasto for o domínio dos direitos de preferência, maior será a probabilidade de suscitar questões.

As questões aqui debatidas surgem no âmbito da reabilitação urbana e no processo de expropriação e por isso não é frequente ouvirmos falar sobre elas. No entanto, espero que este trabalho possa suscitar o interesse e outros autores para que a nossa doutrina se interesse por esta questão.

O objeto da preferência sofre várias alterações devido à reabilitação urbana, mas, à exceção dos casos em que este desaparece, o direito de preferência fica intato e inalterável, correndo no entanto o risco de ser ineficaz quando haja lance superior que ponha em causa o exercício do mesmo.

Agradecimentos

A realização de uma tese de mestrado é o culminar de um esforço contínuo na busca de conhecimento e concretização pessoal, académica e profissional.

Mas este não foi um esforço feito sozinha, diversas pessoas influenciaram, de uma forma ou de outra, a realização deste projeto, dando-me força ao longo desta caminhada.

Assim sendo, não poderia deixar de dirigir umas palavras àqueles que pelo seu apoio, paciência e compreensão tanto me ajudaram a terminar esta empreitada.

Em primeiro lugar, dirijo um agradecimento muito especial ao Senhor Professor Doutor Agostinho Guedes, pela sua prontidão e disposição em me apoiar no tema escolhido e, também, pela sua compreensão ao aceitar orientar este projeto no formato pouco ortodoxo em que se deu. Os seus conselhos, sempre sábios foram fundamentais na sedimentação de ideias soltas e constituíram uma linha orientadora muito importante para a realização desta minha tese.

Agradeço, também, aos meus pais – Manuel e Manuela Mourão – por serem a força imutável de sempre e oferecerem uma palavra de ânimo nas alturas certas. Agradeço também ao Bruno Belo, cúmplice e companheiro, pela sua infindável paciência e apoio incondicional, sem os quais seria incapaz de conduzir o projeto sob a base de tranquilidade necessária para tal.

Por fim, quero deixar uma palavra de agradecimento à Senhora Dr. Teresa Nunes pelos conselhos e apoio ao longo do desenvolvimento deste projeto.

Bibliografia

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Fevereiro de 1996 (Processo n.º 087687), relatado por MIRANDA GUSMÃO, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e86caee180699f38802568fc003b8689?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de dezembro de 2007 (Processo n.º 160/04), relatado por TÁVORA VÍTOR, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/842411271e19fd3e802573c9005b6dcf?OpenDocument>

ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª Edição Coimbra: Almedina, 1966

ASCENÇÃO, José Oliveira de – O depósito do preço na acção de preferência. *Revista dos Tribunais*. Ano 93, N.º 1900, pp. 147-168

33

ASCENÇÃO, José Oliveira de – Preferência do Arrendatário Habitacional: Notificação, Caducidade, Renúncia - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992. *Revista da Ordem dos Advogados*. [S. l.] : Ordem dos Advogados. Dezembro de 1993, Ano 53, Volume III, pp. 673-708, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B91246cf0-888c-4a2f-b64a-38b0f5835d69%7D.pdf>

BARATA, Carlos Lacerda – *Da Obrigação de Preferência - Contributo para o estudo do artigo 416º do Código Civil*. [S. l.] : Coimbra Editora, 2002

CORDEIRO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das obrigações*. 10ª Edição Lisboa: Almedina, 2013, Vol. I – Introdução, da Constituição das Obrigações

CORDEIRO, Luís Manuel Teles de Menezes – Servidões legais e direitos de preferência. *Colectânea de Jurisprudência*. Coimbra: Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, 1992, Ano XVII, Tomo I, pp. 64-80

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das obrigações*. 12.^a Edição Revista e Actualizada – Reimpressão Coimbra: Almedina, 2013

GUEDES, Agostinho Cardoso – *O Exercício do Direito de Preferência*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2006

HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A parte geral do Código civil português - Teoria Geral do Direito Civil*. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2013

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*. 10.^a Edição [S. l.] : Almedina, 2013, Volume I – Introdução, da constituição das obrigações

LIMA, PIRES E VARELA, ANTUNES – *Código Civil anotado*. Reimpressão da 4.^a Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2010, Volume I (Artigos 1.^o a 761.^o)

34

LIMA, PIRES E VARELA, ANTUNES – *Código Civil anotado*. Reimpressão da 2.^a Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2010, Volume III (Artigos 1251.^o a 1575.^o)

MESQUITA, Manuel Henrique – *Obrigações Reais e Ónus Reais*. 3.^a Reimpressão [S. l.] : Almedina, 2003

ROCHA, Maria Elisabete Almeida Rocha – *Expropriações Por Utilidade Pública: O Procedimento Expropriativo*, disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/elisabeterocha_expropriacoes-procedimento.pdf

SERRA, Adriano Vaz – O Direito de Preferência quando há rectificação da escritura de venda. *Revista da Ordem dos Advogados*. [S. l.] : Ordem dos Advogados. 1941, Volume II, Ano I, n.º 4, pp. 398-409, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B0286D6BD-93B1-4630-B033-0A56CE5851D9%7D.pdf>

TELLES, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*. 7.^a Edição, (Revista e Atualizada) [S. l.] : Coimbra Editora, 2010

VARELA, J. ANTUNES - Das Obrigações em geral, vol. I, Reimpressão da 10.^a edição de 2000, Coimbra: Almedina, 2013

