

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)

Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)

Pedro Romano Martinez^{* **}

Resumo: Constando de um acordo parassocial uma preferência sucessiva relativamente à transmissão de ações de uma sociedade, importa atender ao sentido constante da cláusula, no âmbito da autonomia privada das partes, e ao modo de exercício do direito de preferência na eventualidade de incumprimento.

Palavras-chave: Direito de preferência; autonomia privada; preferência legal e convencional; preferência sucessiva.

Abstract: Where a shareholders' agreement foresees a successive pre-emption right in case of transfer of shares in a company, the meaning of the clause must be considered, in the context of the private autonomy of the parties, and in the manner of exercise of the pre-emption right in the event of default.

Keywords: Pre-emption right; private autonomy; legal and contractual pre-emption right; successive pre-emption.

Sumário: I. Enquadramento; II. Direito de preferência; 1. Breve resenha histórica; 2. Preferência convencional e legal; 3. Preferência convencional com eficácia real e com eficácia obrigacional; 4. Regime jurídico aplicável ao pacto de preferência com eficácia obrigacional; 5. Incumprimento do pacto de preferência; a) Regime comum; b) Ação de preferência *versus* execução específica; c) Oponibilidade; III. Interpretação de cláusula negocial conformadora de pacto de preferência; IV. Autonomia privada no âmbito do pacto de preferência; 1. Liberdade contratual na conformação de um pacto de preferência; 2. A preferência como limitação da liberdade contratual na celebração de subsequentes negócios jurídicos; 3. Autonomia privada no que respeita ao ajustamento de negócios jurídicos que não envolvem violação do pacto de preferência; a) Enunciação; b) Limites: abuso do direito; V. Exercício do direito de preferência; 1. Pluralidade de preferentes: exercício conjunto; licitação; preferência sucessiva; 2. Exercício da preferência sucessiva (ou sequencial).

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.

** Com o presente texto o autor associa-se à justa Homenagem que a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, através da sua Revista, presta ao Senhor Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.

I. Enquadramento

A análise subsequente circunscreve-se ao âmbito do pacto de preferência, nos termos acordados pelas partes e ao seu eventual incumprimento, atendendo, nesse caso, ao modo de exercício do direito por parte do preferente. A preferência, ao abrigo da liberdade contratual, pode ser ajustada num acordo parassocial, com alguma complexidade, relativamente à eventual alienação de participações sociais por parte de acionistas.

Ainda que corresponda a uma típica preferência societária, tendo em conta a autonomia privada, no acordo pode estabelecer-se uma preferência sequencial, nos termos da qual passem a existir dois graus de preferência, conferindo-se uma situação privilegiada a alguns acionistas em relação aos demais.

De um acordo parassocial pode constar uma preferência sequencial relativamente à transmissão de ações de uma sociedade, importando apurar em que termos se pode considerar a existência de uma eventual violação da preferência e qual o *modus operandi* para o exercício do direito de preferência.

II. Direito de preferência

1. Breve resenha histórica

I. Sem prejuízo de previsões esparsas no direito romano, a preferência desenvolve-se no direito medieval, vocacionada para manter os bens no património da família ou no domínio do senhor feudal; daí que as situações previstas de preferência estivessem pensadas para a compra e venda de propriedade fundiária¹.

A origem da preferência encontra-se no direito de opção na enfiteuse, de modo a assegurar ao senhorio a recuperação do domínio útil do prédio, caso o enfiteuta o pretendesse alienar. Da enfiteuse generalizou-se a outros direitos reais, onde tradicionalmente se preveem várias situações de preferência: emparcelamento (artigo 1380.º do CC²); comunhão (artigo 1409.º do CC); superfície (artigo 1535.º do CC); servidão (artigo 1555.º do CC).

Mas também, sem a mesma tradição histórica, no arrendamento urbano (artigo 1091.º do CC).

¹ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, *Contratos. Negócios unilaterais*, Coimbra, 2010, pp. 463 e ss.

² Utilizam-se as seguintes abreviaturas de diplomas legais: CC – Código Civil; CPC – Código de Processo Civil; CRP – Constituição; CSC – Código das Sociedades Comerciais; CVM – Código dos Valores Mobiliários; RAU – Regime do Arrendamento Urbano.

A preferência surge como legal, embora, mesmo antes da inclusão (explícita) da figura do pacto de preferência no Código Civil de 1966, se admitisse que as partes, ao abrigo da autonomia privada, pudessem estabelecer diversas preferências, tanto relacionadas com a aquisição de direitos reais (máxime, a propriedade), como de direitos obrigacionais.

II. A preferência confere a determinado sujeito (titular do direito de preferência) o direito de, em condições de igualdade, celebrar determinado negócio jurídico em detrimento de um interessado na celebração desse mesmo contrato³. Deste modo, a preferência, ao condicionar a celebração livre de negócios jurídicos, constitui uma limitação da autonomia privada; independentemente de a preferência ter uma origem legal ou convencional, limita a liberdade de celebração de contratos, mais concretamente, de livre escolha do contraente.

2. Preferência convencional e legal

I. A noção de pacto de preferência consta do artigo 414.º do CC, tendo o legislador relacionado a figura com a celebração de contratos de compra e venda. Não obstante a referência à compra e venda – que corresponde à situação paradigmática de preferência –, o pacto de preferência não se circunscreve a este negócio, como resulta do artigo 423.º do CC, onde se procede à extensão de regime. Situação que se verifica também em sede de direitos reais, por exemplo quanto à ação de reivindicação da propriedade (artigo 1311.º do CC), extensível à reivindicação de outros direitos reais (artigo 1315.º do CC).

³ Sobre a obrigação de preferência pode consultar-se: RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (por J. Sousa Ribeiro, J. Sinda Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença), Coimbra, 1983, pp. 134 – 138; LACERDA BARATA, *Da Obrigação de Preferência. Contributo para o estudo do artigo 416.º do Código Civil*, Coimbra, 1990; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., pp. 461 – 536; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, 2013, pp. 442 – 459; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 1987, pp. 283 – 308; CARDOSO GUEDES, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, Porto, 1999, e *O Exercício do Direito de Preferência*, Porto, 2006; PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, I, Lisboa, 1975/76, pp. 186 – 190; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 11.ª edição, Coimbra, 2014, pp. 252 – 267; JOÃO REDINHA, «Natureza Jurídica da Obrigação de Preferência e Consequências do seu Incumprimento», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra, 2001, pp. 603 – 626; VAZ SERRA, «Obrigação de preferência (Pacto de preferência ou de opção)», *BMJ* 76 (1958), pp. 131 – 289; GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra, 2002, pp. 231 – 240 / *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra, 1997, pp. 161 – 170; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª edição, Coimbra, 2000, pp. 375 – 395.

A preferência tem, assim, uma fonte legal – dispersa por vários preceitos –, bem como uma fonte convencional (artigo 414.º do CC), assentando, esta, na autonomia privada.

II. Há variadas previsões legais de direito de preferência que constituem fonte de grande insegurança jurídica, pois representam uma limitação à liberdade contratual e um entrave à livre circulação de bens⁴. Como salientou, em vários estudos, Oliveira Ascensão, a previsão de preferências legais no direito português peca por uma exagerada largueza, são conferidas preferências sem a mesma fundamentação e ponderação finalística, o regime de preferências é extremamente formal e em nenhuma outra ordem jurídica de matriz cultural idêntica à nossa são consagradas tantas preferências legais, mormente em sede de arrendamento, como no sistema jurídico português⁵.

A proliferação de preferências legais tem-se refletido em sede convencional, surgindo uma variedade de pactos de preferência em diferentes áreas jurídicas, com especial incidência no direito societário.

⁴ MENEZES CORDEIRO/CASTRO FRAGA, *Novo Regime do Arrendamento Urbano Anotado*, Coimbra, 1990, em anotação ao artigo 47.º do RAU, p. 97, afirmam: «É muito discutível a manutenção de tal direito (preferência do arrendatário), que desvaloriza a propriedade e dificulta a sua circulação. Portugal é, aliás, o único país europeu em que esse direito existe, em tais moldes». Esclarecem os mesmos autores (ob. e loc. cit.) que tal direito se justifica, por motivos constitucionais, tendentes ao acesso à habitação própria.

JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, 2.ª edição, Coimbra, 1993, p. 203, atenta a justificação constitucional, válida unicamente para a preferência do arrendatário habitacional, coloca inclusive dúvidas de constitucionalidade da preferência conferida ao arrendatário comercial, industrial e profissional (atualmente, arrendamento para fins não habitacionais). Após o retorno do regime do arrendamento ao Código Civil, o direito de preferência do arrendatário consta do artigo 1091.º do CC, sem delimitar a sua aplicação ao arrendatário urbano, ainda que o n.º 8 do citado preceito se circunscreva ao arrendatário habitacional. Refira-se que o n.º 8 do artigo 1091.º do CC foi declarado inconstitucional com força obrigatória geral pelo Ac. TC n.º 299/2020, DR de 18/9/2020.

⁵ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO/PEDROSA MACHADO, «O Objecto da Preferência do Arrendatário. Parecer», *Direito e Justiça*, 1999, T. 3, pp. 260 e 261; OLIVEIRA ASCENSÃO, «Preferência do Arrendatário Habitacional: Notificação, Caducidade, Renúncia», *ROA* 53 (1993), III, pp. 686 e 686; OLIVEIRA ASCENSÃO, «Direito de preferência do Arrendatário», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, III volume, *Direito do Arrendamento Urbano*, Coimbra, 2002, pp. 249 e 250. Veja-se igualmente PINTO LOUREIRO, *Manual dos Direitos de Preferência*, Coimbra, 1944, pp. 10 e 20-22, assim como JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, cit., pp. 202 e 203. Também MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lisboa, 1979, p. 777, aludindo a um desenvolvimento confuso e sem precedentes das preferências legais em Portugal. Ainda MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., depois de apresentar o elenco de preferências legais (pp. 477-478), afirma: «Trata-se, quanto sabemos, de longe, do Código Civil que mais preferências legais estabelece» (p. 478).

III. A preferência convencional funda-se num acordo, designado pacto de preferência, e pode ser obrigacional ou real (artigo 421.º do CC). Em qualquer caso, assenta na autonomia privada, vinculando, tanto o obrigado como o preferente, em função do acordo decorrente da liberdade contratual (artigo 405.º do CC). Tendo em conta a origem convencional, sem prejuízo de a preferência legal servir de matriz, o regime aplicável é o que resulta da vontade das partes.

Diversamente, a preferência legal (p. ex., arrendamento, comunhão) decorre da lei e não do acordo das partes, sendo tais normas imperativas. Apesar de não se tratar de um pacto de preferência, a preferência legal segue o regime estabelecido nos artigos 416.º a 418.º do CC (cf. artigo 1409.º, n.º 2, comunhão, e artigo 1091.º, n.º 4, arrendamento, ambos do CC). A este propósito importa referir que as regras estabelecidas em sede de preferência convencional se aplicam à preferência legal por remissão explícita; pelo que, na falta de idêntica remissão, o regime da preferência legal não se aplica à preferência convencional. Nesta prepondera, como indicado, o acordo das partes.

A preferência legal prevalece sobre a convencional, ainda que de natureza real (artigo 422.º do CC). De entre as preferências legais também há prevalências, p. ex., o artigo 1409.º do CC determina que o comproprietário ocupa o primeiro lugar entre os preferentes legais e o artigo 1091.º, n.º 3, do CC, estabelece que o direito de preferência do arrendatário é graduado acima do direito de preferência do proprietário do solo, previsto no artigo 1535.º do CC.

A preferência obrigacional (sem eficácia real) confere ao seu titular um direito de crédito que, sendo violado, lhe permite reclamar uma indemnização; enquanto a preferência legal confere ao preferente um direito real de aquisição, mediante o recurso à ação de preferência (artigo 1410.º do CC)⁶. A preferência convencional com eficácia real, ainda que tenha uma origem contratual, é equiparada, quanto ao modo de reação, à preferência legal, podendo, por isso, afirmar-se que também consubstancia um direito real de aquisição.

Não raras vezes, a preferência convencional é ajustada sem eficácia real por dois motivos: para evitar a complexidade, mormente decorrente do registo; por

⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 483. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 455, numa frase resume a solução tradicional no nosso ordenamento: «No segundo caso (preferência convencional sem eficácia real), como já se observou, só existe a possibilidade de o preferente obter do promitente faltoso uma indemnização pelos danos que resultarem do incumprimento do pacto de preferência. Pelo contrário, se o direito possui eficácia real, é-lhe lícito, através do exercício da *ação de preferência*, fazê-lo prevalecer sobre o negócio realizado com terceiro».

inviabilidade de se seguir tal via, em razão de o bem objeto da preferência não se encontrar sujeito a registo que permita acordar a eficácia real.

IV. A preferência ajustada num acordo parassocial, ao abrigo da liberdade contratual dos acionistas de uma sociedade, estando sujeita ao regime do pacto de preferência, previsto nos artigos 414.º a 423.º do CC, condiciona o princípio da livre circulação de ações de uma sociedade anónima, mas não lhe pode ser atribuída eficácia real.

3. Preferência convencional com eficácia real e com eficácia obrigacional

I. Por via de regra, a preferência ajustada tem eficácia meramente obrigacional, não produzindo efeito em relação a terceiros (artigo 422.º do CC). Todavia, como se prescreve no artigo 421.º do CC podem as partes atribuir eficácia real ao contrato, caso em que produz efeitos em relação a terceiros, mas a este acordo tem de ser conferida publicidade em termos idênticos aos estabelecidos em sede de contrato-promessa (artigo 413.º do CC).

A eficácia real resulta de convenção das partes e só pode ser ajustada em relação a bens imóveis ou a móveis sujeitos a registo, mediante declaração expressa e inscrição no registo (artigo 413.º, n.º 1, *ex vi* artigo 421.º, n.º 1, do CC).

Sem prejuízo da previsão de as ações se encontrarem registadas (artigo 61.º do CVM), esta publicidade não se encontra no âmbito da previsão do artigo 421.º do CC, direcionada para bens (móveis ou imóveis) suscetíveis de integrarem um registo oficial (*v. g.*, automóveis). Assim sendo, a preferência decorrente de um acordo parassocial, respeitante à transmissão de ações, é necessariamente obrigacional. Não se colocando a hipótese de preferência com eficácia real, importa tão-só atender à preferência convencional com eficácia obrigacional.

II. Neste âmbito, o artigo 422.º do CC dispõe de forma lapidar que a preferência tem valor relativo, não prevalecendo contra direitos legais de preferência ou alienações efetuadas em execução, falência, insolvência ou casos análogos. Além de a preferência convencional com eficácia obrigacional não prevalecer nas situações mencionadas, também não confere ao preferente, como modo de reação, a execução específica, que se encontra prevista na ação de preferência (artigo 1410.º do CC)⁷.

⁷ De modo diverso, VAZ SERRA, «Obrigações de preferência», *BMJ* 76 (1958), pp. 142 e ss., autor do anteprojecto referente ao pacto de preferência, pretendia que a eficácia real não ficasse circunscrita a determinadas situações jurídicas e em resultado de acordo explícito nesse sentido, mas não foi essa a

4. Regime jurídico aplicável ao pacto de preferência com eficácia obrigacional

I. No âmbito de um pacto de preferência, o obrigado à preferência não fica adstrito a contratar, mas, querendo celebrar o negócio jurídico, deve dar preferência, tanto por tanto, ao beneficiário da preferência.

O obrigado à preferência, para cumprir o dever de conceder preferência, tem de dar a conhecer ao preferente o projeto de acordo, indicando as cláusulas essenciais do contrato (artigo 416.º do CC), nomeadamente, preço e prazo de realização das prestações⁸.

Não se impõe o dever de identificar o projetado contraente. Apesar de a identificação do projetado contraente não decorrer do regime legal (artigo 416.º do CC), há quem a imponha, justificando, por um lado, que será um elemento de ponderação para o titular do direito à preferência e, por outro, que a não identificação do contraente pode permitir a invocação de projetos fictícios de contrato. Estas razões são improcedentes. Não se evitam projetos fictícios de contrato com a identificação do planeado contraente, além de que pode haver conveniência em encobrir o interessado, como ocorre no contrato para pessoa a nomear. Por outro lado, a preferência – particularmente sendo legal – constitui um entrave à liberdade contratual, pelo que o artigo 416.º do CC não pode ser interpretado no sentido de se imporem mais obrigações do que as resultantes da lei⁹.

A comunicação das cláusulas do contrato projetado difere de uma proposta contratual. O obrigado à preferência tem de comunicar o projeto de contrato que negociou com terceiro, pelo que não cumpre a obrigação se enviar uma proposta de venda. Não incumpe a obrigação aquele que apresentou ao titular do direito de preferência um projeto de contrato e, depois, não celebrou o contrato. Ainda que o titular do direito de preferência tivesse preferido, a não realização do contrato não corresponde a incumprimento da preferência. Neste caso, como o envio do

solução que vingou no Código Civil. É interessante referir que, no citado *Boletim*, no índice, o texto surge indicado como: «Pacto de preferência ou de opção», mas o autor deve, entretanto, ter pretendido aumentar a abrangência do articulado e passou a designar o texto por «Obrigação de preferência». Explicando por que motivo o legislador consagrou a inoponibilidade da preferência convencional «(...) à alienação efetuada em execução, falência, insolvência ou casos análogos», *vd.* PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, I, cit., pp. 189 e s.

⁸ Sobre a comunicação ao titular do direito de preferência, veja-se CARLOS LACERDA BARATA, *Da Obrigação de Preferência. Contributo para o estudo do artigo 416.º do Código Civil*, cit., pp. 95 e ss.

⁹ Neste sentido AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., pp. 458 e ss.

Por vezes, para obstar a esta controvérsia, do pacto de preferência consta a obrigação de identificar o potencial interessado.

projeto de contrato não consubstanciará normalmente uma proposta negocial, tendo o titular do direito preferido, respondendo afirmativamente, não se trata de uma aceitação¹⁰. Eventualmente, nesta hipótese, a não celebração do contrato pode concretizar uma hipótese de *culpa in contrahendo* (artigo 227.º do CC).

Recebida a comunicação, supletivamente, impõe-se ao preferente o dever de exercer o seu direito no prazo supletivo de oito dias, sob pena de caducidade (artigo 416.º, n.º 2, do CC).

II. Nos artigos 417.º e 418.º do CC prescreve-se um regime supletivo tendo em vista a tutela do preferente, de molde a evitar que o seu direito seja defraudado no caso de o obrigado à preferência engendrar um negócio jurídico que vise obstar à preferência; mas, ao mesmo tempo, nos sobreditos preceitos admite-se que o titular se veja privado da preferência tendo em conta a tutela da liberdade contratual do obrigado à preferência. No fundo, sinteticamente, dir-se-á que o obrigado à preferência pode obstar ao exercício do direito de preferência se o negócio engendrado não tinha por escopo impedir o exercício da preferência.

Recorde-se que este regime – apesar de previsto em sede de preferência convencional – aplica-se, por remissão, a preferências legais (p. ex., artigo 1409.º, n.º 2, do CC).

Caso o obrigado à preferência pretenda vender a coisa objeto da preferência juntamente com outras, o artigo 417.º do CC determina a extensão da preferência aos outros bens ou a desintegração se não houver prejuízo. Permite-se que o obrigado à preferência inclua o bem objeto da preferência num conjunto de coisas a vender, podendo o titular do direito exercer a preferência sobre o conjunto, de molde que o direito de preferência não seja defraudado. Contudo, esta opção do obrigado à preferência de vender várias coisas num conjunto pode desincentivar o titular do direito a exercer a preferência, porquanto o valor pode ser substancialmente superior ou faltar o interesse em adquirir as outras coisas. Pense-se na hipótese de um direito de preferência sobre um imóvel em que o obrigado à preferência decide vender esse imóvel juntamente com outros dois ou três prédios; o valor e a aquisição de vários imóveis pode inviabilizar (licitamente) o exercício do direito de preferência.

A hipótese de inviabilizar (licitamente) o exercício do direito de preferência é ainda mais relevante na previsão do artigo 418.º do CC. Assim, no caso de o obrigado à preferência pretender receber uma prestação acessória, insuscetível de

¹⁰ Como se decidiu no Ac. STJ de 8/1/2009 (Oliveira Rocha), CJ (STJ), 2009, T. I, p. 31, o obrigado à preferência, tendo razões ponderosas para não alienar o bem ao titular do direito de preferência, pode desistir do negócio depois de declarar que pretende preferir.

ser satisfeita pelo preferente (p. ex., prestação de facto infungível), abrem-se duas vias: poder-se-á proceder à avaliação em dinheiro da prestação acessória ou afasta-se a preferência. Depende das circunstâncias concretas. Não sendo a prestação acessória avaliável em dinheiro, no sentido de substituível por prestação pecuniária no critério do obrigado à preferência, é afastada a preferência. Imagine-se que o obrigado à preferência na venda de um prédio pretende aliená-lo recebendo como prestação acessória a realização de um projeto de decoração de outro prédio de que é proprietário, por esta via, afasta-se a preferência¹¹.

Em qualquer caso, cabe verificar se a atuação do obrigado à preferência não foi de má fé, com vista a afastar a preferência, defraudando o titular do direito de preferência (artigo 418.º, n.º 2, do CC). O legislador pretende, deste modo, não dar cobertura a atos contrários a ditames de boa fé, que poderiam consubstanciar abuso do direito.

Dos preceitos citados decorre que é lícito afastar a preferência em razão de negócios jurídicos complexos, desde que o obrigado à preferência não tenha agido em abuso do direito, tendo em vista defraudar o direito de preferência.

III. Na preferência convencional, havendo pluralidade de titulares, nos termos do artigo 419.º do CC, segue-se o regime da conjunção ou da licitação, nos termos e sequência previstos no mencionado preceito. Mas remete-se para uma análise detalhada *infra*, no ponto V.1.

5. Incumprimento do pacto de preferência

a) Regime comum

A obrigação de preferência assenta num duplo condicional: de o obrigado à preferência pretender celebrar o contrato em questão; de o titular do direito de preferência estar interessado em celebrar o contrato nos termos constantes do projeto. Exige-se, primeiro, que o obrigado à preferência proceda à comunicação constante do artigo 416.º do CC e, seguidamente, que o preferente manifeste a sua vontade de adquirir naquelas condições. Só depois desta manifestação de vontade do titular do direito de preferência surge o dever de contratar entre obrigado à preferência e preferente. Na falta de comunicação ao preferente do projeto de

¹¹ Como indica MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 508, as hipóteses enquadráveis neste preceito não se circunscrevem às prestações acessórias infungíveis, abrangendo a panóplia de casos relacionados com contratos mistos e uniões de contratos.

venda e respetivas cláusulas, tendo o obrigado à preferência ajustado o contrato com terceiro, há incumprimento definitivo daquele dever¹².

O incumprimento da preferência pode ter eficácia em relação a terceiros, caso em que, além da responsabilidade contratual, cabe ao titular do direito intentar uma ação de preferência.

Todavia, só pode recorrer-se à ação de preferência em caso de preferência convencional com eficácia real ou de preferência legal. Na eventualidade de conflito, prevalece a preferência legal (artigo 422.º do CC). Sendo a preferência convencional sem eficácia real não é conferido ao titular do direito a ação de preferência, restando-lhe tão-só a indemnização por incumprimento¹³.

A preferência convencional com eficácia real, prevista no artigo 421.º do CC, constitui um direito real de aquisição, exigindo-se: forma escrita; que incida sobre coisas (móveis ou imóveis) sujeitas a registo; pressupõe publicidade, mediante a correspondente inscrição no registo. Assim se justifica a remissão feita no artigo 421.º, n.º 2, do CC para o artigo 1410.º do CC.

A preferência legal, prevista em diversas normas (p. ex., artigo 1091.º do CC), estabelece um direito real de aquisição de origem legal, que, por conseguinte, não assenta na publicidade registal.

Tratando-se de um direito real de aquisição (preferência legal e preferência convencional com eficácia real) é conferida ao preferente a sequela. A referida sequela obtém-se processualmente por via da ação de preferência, artigo 1410.º do CC, qualificada como uma ação real. A ação terá de ser proposta contra o adquirente e (discutível) contra o faltoso, no prazo de seis meses a partir do conhecimento, tendo quinze dias, após a proposição da ação, para depositar o preço. A preferência meramente obrigacional não confere sequela ao titular do direito de preferência violado; a sequela e a correspondente ação de preferência pressupõe que a preferência seja legal ou obrigacional com eficácia real.

¹² AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., p. 580.

¹³ Cf. a posição divergente de VAZ SERRA, «Obrigação de preferência», cit., pp. 138 e ss., que constava do anteprojeto relativo ao pacto de preferência, determinando, com base na teoria do terceiro cúmplice, que este, agindo em abuso do direito, seria obrigado a indemnizar o titular do direito de preferência, podendo a indemnização implicar a entrega da coisa. Esta solução, que o autor manteve no projeto de Código Civil (artigo 592.º, n.º 2, 2.ª parte) não foi seguida na revisão ministerial do Código Civil. O autor (ob. cit., p. 144) chega a abrir a hipótese de o efeito externo se alcançar por via de restauração natural, mas afasta esta possibilidade por considerar que «a restauração natural não opera a entrada da coisa no património do beneficiário com exclusão dos credores do terceiro». Refira-se ainda que a solução preconizada por Vaz Serra pressupunha que o terceiro contraente tivesse agido em abuso do direito, só assim se justificava a entrega da coisa ao titular do direito, como indemnização (ob. cit., pp. 142 e s. e p. 268).

Com o recurso à ação de preferência, o preferente substitui-se ao adquirente e ocupa o seu lugar no negócio jurídico por este estabelecido¹⁴.

b) Ação de preferência *versus* execução específica

I. Pese embora alguma similitude de regime entre o pacto de preferência e o contrato-promessa (*v.g.*, as remissões constantes dos artigos 415.º e 421.º do CC), há uma relevante diferença no que respeita ao exercício do direito por parte do promitente fiel ou do titular do direito de preferência. Relativamente ao contrato-promessa previu-se um meio próprio de execução específica, constante do artigo 830.º do CC, enquanto, em sede de preferência, a execução específica só se alcança pelo recurso à ação de preferência (artigo 1410.º do CC), estando esta circunscrita às preferências legais e convencionais com eficácia real. Ainda que no âmbito do contrato-promessa sem eficácia real não se possa recorrer à execução específica no caso de se terem constituído direitos de terceiro incompatíveis (artigo 830.º, n.º 1, *in fine*, do CC), nada obsta a que, na falta de direitos de terceiro incompatíveis, se recorra a esta via para assegurar o direito do promitente fiel no caso de promessa meramente obrigacional. Mas, como a execução específica se encontra circunscrita ao contrato-promessa – e eventualmente a contratos análogos, como o pacto de opção –, o regime previsto no artigo 830.º do CC não se aplica em caso de incumprimento de um pacto de preferência, que, como referido, tem o seu regime próprio de *execução específica* previsto em sede de ação de preferência. Dito de outro modo, a ação de preferência corresponde à via de execução específica para a eventualidade de incumprimento da preferência, não podendo, contudo, ser intentada em caso de preferência obrigacional.

Importa referir que, havendo incumprimento, cabe ao credor recorrer à realização coativa da prestação, sendo que, por via de regra, só pode socorrer-se da ação de cumprimento (artigos 817.º e ss. do CC), porquanto a execução específica é excepcional, sendo unicamente admitida nos casos previstos nos artigos 827.º a 830.º do CC, assim como em regras esparsas, como a ação de preferência (artigo 1410.º do CC); deste modo, em caso de incumprimento de um contrato-promessa pode recorrer-se à execução específica prevista no artigo 830.º do CC, mas o incumprimento

¹⁴ Sobre as ações reais, veja-se NUNO ANDRADE PISSARRA, *Das Ações Reais*, Volume I, Lisboa, 2021, pp. 951 e ss. Ainda que o autor considere que a ação de preferência não é uma típica ação real (ob. cit., pp. 1197 e ss.), por considerar que esta tem por objeto direitos reais de gozo (ob. cit., pp. 1004 e ss. e pp. 1244 e ss.), na medida que a sobredita ação de preferência tutela um direito real de aquisição, segue, com adaptações, o regime das ações reais (ob. cit., pp. 1202 e ss.).

de uma preferência está delimitada pelo artigo 1410.º do CC. E a execução específica, prevista no artigo 830.º do CC, não é aplicável, por analogia, ao pacto de preferência meramente obrigacional. A preferência violada não se convola em promessa de contratar incumprida¹⁵.

Nada obsta a que as partes numa preferência obrigacional prevejam um mecanismo convencional de execução específica – idêntico ao constante do artigo 830.º do CC –, para a eventualidade de o obrigado à preferência incumprir a obrigação; mas, na falta de tal previsão, a execução específica do artigo 830.º do CC é inaplicável ao pacto de preferência.

Aos argumentos expendidos acresce que a eficácia relativa das obrigações inviabiliza que, depois de executado um contrato (i.e., verificado o incumprimento definitivo da obrigação de preferência), possa um terceiro a este negócio, ao invocar o direito violado (direito de preferência), reclamar que o efeito produzido por esse negócio lhe seja transmitido; essa via só é possível na eventualidade de o direito violado ter eficácia real¹⁶.

¹⁵ Mesmo para quem entenda que pode haver convalidação do pacto de preferência em contrato-promessa (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 501), são necessários quatro pressupostos: 1) que o obrigado à preferência tenha enviado ao preferente a comunicação de preferência; 2) que o preferente tenha aceite incondicionalmente a proposta de venda; 3) que a comunicação e a aceitação não revistam a forma necessária para a celebração do contrato definitivo; 4) que o obrigado à preferência, seguidamente, não queira celebrar o contrato. A mesma ideia, ainda que sem a explicação desenvolvida indicada, surge na maioria da doutrina (por todos, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 448 e ss.). Divergente é a posição de AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., pp. 427 e ss., por entender que a comunicação prevista no artigo 416.º do CC não pode ser qualificada como proposta.

Afastando a identificação do pacto de preferência com o contrato-promessa, *vd.* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 532.

¹⁶ Ainda que, em sentido contrário, se tenha perfilado alguma doutrina (por todos, EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Coimbra, 2003, pp. 437 ss., que admite a eficácia externa assente num ato culposo e ilícito do terceiro, pp. 500 ss.) e se invoque um célebre Ac. STJ de 16/6/1964 (*BMJ* 138, p. 342), proferido na vigência do anterior Código Civil, a doutrina e a jurisprudência têm-se pronunciado maioritariamente no sentido de, em caso de eficácia meramente obrigacional, não ser possível obter o resultado que foi impedido pela violação do contrato (execução específica). O que alguma doutrina tem afirmado, nesses casos, é a via indemnizatória que poderia ser reclamada ao terceiro que atuou de má fé tendo em vista o incumprimento de um dever a que a contraparte se encontrava adstrita; ou seja, que a indemnização poderia ser exigida ao designado terceiro cúmplice.

Na preferência, a dualidade de soluções (o incumprimento da preferência meramente obrigacional restringe-se ao ressarcimento de danos; na preferência legal ou convencional com eficácia real, além da indemnização, é conferida ao titular do direito a via da ação de preferência) é a tese que tem acolhimento comum na doutrina, p. ex., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., pp. 382

II. Deste modo, em caso de incumprimento de um pacto de preferência não se pode recorrer ao regime de execução específica previsto em sede de contrato-promessa (artigo 830.º do CC); razão pela qual, tratando-se de preferência obrigacional – excluída que está a ação de preferência –, o incumprimento é tutelado tão-só no plano indemnizatório.

Aqui chegados, lograr-se-ia admitir que, sendo a obrigação de indemnizar um modo de proceder à reparação *in natura* (artigo 562.º do CC), conseguir-se-ia por esta via obter o resultado inviabilizado pelo incumprimento (exercício do direito de preferência); todavia, como decorre do n.º 1 do artigo 566.º do CC, a indemnização é fixada em dinheiro sempre que a reconstituição natural não seja possível.

Ora, tendo sido realizado e executado um contrato incompatível com a preferência, estando constituída na esfera jurídica do adquirente (terceiro) a correspondente titularidade do direito sobre o bem objeto da preferência, há uma impossibilidade jurídica de proceder à restauração *in natura*. De outro modo, tornar-se-ia irrelevante o estabelecimento de eficácia real – num contrato-promessa ou num pacto de preferência –, porquanto o resultado poderia ser sempre alcançado por via da restauração natural. Esta via é de tal modo abstrusa que, no âmbito de um pacto de preferência com eficácia real, a tutela do lesado seria mais restritiva de que no caso de pacto de preferência obrigacional, pois, neste último, o lesado não estaria sujeito ao limite temporal dos seis meses (artigo 1410.º do CC), podendo reclamar a indemnização e a corresponde restauração natural no prazo ordinário de prescrição de vinte anos (artigo 309.º do CC).

Pelos fundamentos indicados, a eventual violação do direito de preferência obrigacional é unicamente tutelada pela via da indemnização por incumprimento, sendo que esta só pode ser arbitrada por sucedâneo pecuniário.

c) Oponibilidade

I. Há ainda a ponderar a questão de saber se a transmissão do bem objeto da preferência, ao violar o pacto de preferência, é oponível a terceiros, estranhos ao negócio de alienação, mesmo na eventualidade de estes serem parte no acordo que deu origem à preferência. Concretamente, se num acordo parassocial foi ajustada uma preferência sequencial, em que determinados acionistas preferem aos demais na eventualidade de transmissão das ações da sociedade, importa verificar se o incumprimento é oponível a todos os preferentes.

e s.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 455; AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., pp. 589, 590, 597 e especialmente p. 608.

II. É inoponível o ato ineficaz, pelo que cabe aludir à ineficácia dos negócios jurídicos¹⁷.

A ineficácia implica a não produção de efeitos jurídicos de um ato. Pretendia-se que o ato produzisse efeitos jurídicos, mas, atendendo à sua inadequação à normatividade, não alcança o resultado que se vislumbrava.

A ineficácia em sentido amplo abrange tanto a inexistência jurídica como a invalidade e ainda a ineficácia em sentido estrito¹⁸.

Poder-se-á estar perante uma situação de inexistência jurídica, se o direito considera que o ato, tal como foi praticado, não tem qualquer relevo jurídico. Entende-se que há inexistência jurídica no caso de casamento não urgente celebrado numa praia perante dois amigos dos nubentes (artigo 1628.º, alínea a), do CC) ou em que falta a declaração de um dos nubentes (artigo 1628.º, alínea c), do CC), cujos efeitos constam do artigo 1630.º do CC. Ainda que qualificada como ineficácia, também se pode entender que corresponde a inexistência jurídica a promessa de casamento no que respeita à obrigação de contrair casamento (artigo 1591.º do CC). A inexistência surge identificada na Constituição com falhas formais relativas a atos legislativos, p. ex., artigos 137.º e 140.º, n.º 2, da CRP¹⁹.

Importa distinguir a inexistência jurídica de atos que são alheios ao direito; o convite para jantar em casa de pessoa amiga integra-se na ordem de trato social, sem relevo para o direito, não sendo, sequer, enquadrado na inexistência jurídica ou na ineficácia em sentido estrito.

Sendo o ato inválido, nulo ou anulável, poderá não produzir efeitos depois de a invalidade ter sido decretada. Após a declaração de invalidade (nulidade ou anulabilidade), os efeitos do negócio jurídico são destruídos com eficácia retroativa (artigo 289.º do CC). Ainda que, no que respeita a contratos nulos, mesmo não tendo sido decretada a nulidade, não raras vezes, o negócio seja ineficaz não podendo produzir qualquer efeito; pense-se no exemplo da venda de imóvel por escrito particular²⁰.

¹⁷ Nos parágrafos seguintes transcrevem-se trechos do autor deste estudo em *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2021, pp. 70 e ss.

¹⁸ Veja-se MENEZES CORDEIRO, «Da ineficácia civil: reflexões críticas», *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, I, Coimbra, 2008, pp. 233 e ss.; PALMELA FIDALGO, «Contributo para a teoria geral dos vícios do negócio jurídico; a inexistência jurídica existe?», *O Direito*, 145 (2013), I/II, pp. 311 e s.

¹⁹ Discute-se se, no direito civil, a inexistência tem autonomia, nomeadamente relativamente à nulidade; neste sentido, PALMELA FIDALGO, «Contributo para a teoria geral dos vícios do negócio jurídico; a inexistência jurídica existe?», cit., pp. 318 e ss.

²⁰ Daí afirmar-se que o negócio nulo não produz efeitos *ab initio* (MARIA CLARA SOTTOMAYOR, anotação ao artigo 289.º, *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Universidade Católica, Lisboa, 2014, p. 717).

Estar-se-á perante uma hipótese de ineficácia em sentido estrito se um pressuposto para o ato produzir efeitos não ocorreu, *v. g.*, proposta que não chegou ao destino (artigo 224.º, n.º 1, do CC), não publicação no *Diário da República* de uma lei (artigo 119.º, n.º 2, da CRP).

A ineficácia *stricto sensu* poderá ainda decorrer de uma previsão de inoponibilidade. Se um determinado ato não é oponível a quem se pretenderia opor, nesse âmbito, é ineficaz. Assim, quando no artigo 409.º, n.º 2, do CC se determina que o registo não é oponível a terceiros, significa que a situação jurídica do bem, por falta de registo, não pode ser invocada perante terceiros, sendo, deste modo, ineficaz. A situação é idêntica nos artigos 687.º e 819.º do CC; se a hipoteca não for registada não produz efeitos, mesmo *inter partes*, e são inoponíveis os atos de disposição de bens penhorados. É a mesma lógica que justifica a inoponibilidade da nulidade a terceiros que hajam adquirido direitos a título oneroso (artigo 291.º do CC). Além das previsões legislativas indicadas, relacionadas com direitos reais, também se preveem casos de acordos não oponíveis, no plano puramente obrigacional, como no artigo 577.º, n.º 2, do CC, onde se prescreve que a proibição de cessão de créditos não é oponível ao cessionário, que a desconhecia.

A ineficácia do negócio jurídico tem de ter um fundamento legal. Pode assentar numa hipótese de inexistência jurídica (como nos exemplos referido em sede de casamento ou a falta de publicação de atos legislativos), resultar de uma previsão expressa na lei (*v. g.*, ineficácia da hipoteca não registada, artigo 687.º do CC) ou decorrer da natureza de determinado instituto jurídico, como se tem entendido em várias situações de negócios jurídicos nulos. A ineficácia jurídica encontra-se perfeitamente delimitada no sistema jurídico português, e não pode ser invocada em caso de comportamentos desleais ou que configurem abuso do direito se não se conseguir reconduzir a nenhuma das três situações identificadas.

III. Analisada a ineficácia dos atos jurídicos e a hipótese, mais circunscrita, de inoponibilidade, verifica-se que a transmissão do bem objeto da preferência, ainda que se possa entender que viola o direito de preferência, não consubstancia

Mas nem sempre é assim, pois os negócios nulos podem produzir diretamente efeitos. O exemplo da simulação integra uma das situações em que o negócio nulo pode ser eficaz *inter partes*, atentas as regras de legitimidade para arguir a nulidade, constantes dos artigos 242.º e 243.º do CC. De igual modo, a nulidade prevista no artigo 410.º, n.º 3, do CC, qualificada como atípica, não obsta a que o contrato-promessa produza efeitos. Refira-se ainda o caso da inoponibilidade da nulidade relativamente a direitos adquiridos por terceiros a título oneroso (artigo 291.º do CC). De igual modo, a nulidade da venda de bens alheios (artigo 892.º do CC), pode produzir efeitos, mormente por convalidação (artigo 895.º do CC).

nenhuma hipótese de ineficácia jurídica e, portanto, a questão não pode ser analisada em sede de oponibilidade; tratar-se-ia de uma situação comum de incumprimento de um dever obrigacional, tutelado em sede de não cumprimento das obrigações (artigos 798.º ss. do CC)²¹. Mesmo que a alienação do bem objeto da preferência correspondesse à violação de um pacto de preferência com eficácia real ou de uma preferência legal, a questão não se subsume à inoponibilidade, mas unicamente ao incumprimento de um dever obrigacional (nesse caso, com eficácia externa).

Na medida em que a preferência vincula todas as partes num acordo parassocial, pode entender-se que, sendo a alienação de ações da sociedade feita entre sócios, nenhum é terceiro em relação ao pacto de preferência; mas, ainda assim, a preferência continua a ser puramente obrigacional. Apesar de não se identificar um terceiro na violação de um pacto de preferência, valem as regras comuns de incumprimento do sobredito pacto de preferência.

Na medida em que se qualificasse a atuação das partes na venda das ações da sociedade como sendo abuso do direito, não se poderia concluir pela inoponibilidade; provado o abuso do direito ter-se-ia de apurar qual o mecanismo adequado para evitar a situação ilegítima. E esse mecanismo teria de ser encontrado no sistema jurídico: p. ex., declaração de nulidade do negócio jurídico. Caso contrário, o ato é eficaz e, portanto, oponível. No fundo, o abuso do direito serviria para enquadrar a transmissão operada na previsão contratual de preferência e, deste modo, aplicar o regime do pacto de preferência; ora, a violação do pacto de preferência obrigacional não determina uma inoponibilidade, mas tão-só uma hipótese de incumprimento contratual.

IV. Na ponderação da ineficácia da alienação do bem objeto da preferência, excluídas as hipóteses de inexistência jurídica ou de ineficácia *stricto sensu* (analisadas *supra*), restaria a via da nulidade do contrato transmissivo das participações sociais.

Poder-se-ia pensar na hipótese de a transmissão do bem objeto da transmissão corresponder a uma simulação (artigo 240.º do CC), mas além de ter de ser feita a prova de uma divergência entre a declaração negocial e a vontade real dos declarantes, a situação é dificilmente enquadrável neste instituto. Com efeito, a transmissão operada corresponde à declaração negocial das partes e à respetiva vontade real; não há simulação. Ainda que, como efeito indireto de uma compra e venda, as partes também tivessem pretendido que o adquirente passasse a deter

²¹ Como refere VAZ SERRA, «Obrigação de preferência», cit., p. 166, «A alienação (em violação do direito de preferência) é válida, se satisfizer os requisitos de validade estabelecidos na lei; mas, o titular da preferência pode exercer o seu direito».

determinada posição acionista numa sociedade. Os efeitos indiretos pretendidos pelas partes não consubstanciam uma hipótese de simulação, principalmente porque, pretendendo as partes transmitir as participações sociais, não há a divergência apontada no artigo 241.º do CC.

Como segunda hipótese, seria de ponderar a contrariedade à lei, à ordem pública ou a ofensa aos bons costumes, que gera nulidade nos termos dos artigos 280.º, 281.º e 294.º do CC. Esta via é igualmente de difícil sustentação. Admitindo que a alienações de ações consubstancia uma violação do pacto de preferência, o problema não se subsume à contrariedade à lei, mas tão-só à violação de um dever contratual; também não estaria em causa uma violação da ordem pública, nem parece defensável afirmar-se que uma transmissão de ações em violação de uma preferência seja ofensiva de bons costumes. O disposto nos preceitos citados, ao cominar com a nulidade, está pensado para violações estruturantes do sistema jurídico²².

V. Admitindo, porém, que o ato transmissivo das participações sociais é inválido, está excluído o exercício do direito de preferência. Como esclarece Vaz Serra «(...) o exercício do direito de preferência supõe uma alienação válida, pois, se ela não for válida, não pode o titular daquele direito pretender adquirir a coisa alienada mediante a sua substituição ao adquirente (que não adquiriu validamente)»²³. No fundo, o titular do direito de preferência só pode reagir à violação do seu direito se o obrigado à preferência tiver celebrado um negócio jurídico válido; sendo o negócio inválido, atenta a destruição retroativa dos efeitos (artigo 289.º do CC), não houve incumprimento do direito de preferência.

III. Interpretação de cláusula negocial conformadora de pacto de preferência

I. Previamente à análise de uma cláusula contratual há que apurar o respetivo sentido, à luz do regime legal, concretamente das linhas orientadoras constantes dos artigos 236.º e ss. do CC.

Na dogmática jurídica é possível identificar duas orientações distintas quanto à interpretação dos negócios jurídicos que marcam a evolução histórica dos diferentes

²² *Vd.* MENEZES CORDEIRO, «A ilicitude e a fraude à lei nos negócios jurídicos», *O Direito*, 153 (2021), IV, separata, pp. 1 e ss., onde explica as várias hipóteses de ilicitude negocial, com ampla explicação da fraude à lei (pp. 6 ss.), concluindo que as situações concretas devem passar pelo crivo do abuso do direito (pp. 12 e ss.).

²³ VAZ SERRA, «Obrigação de preferência», *cit.*, pp. 166 e s.

ordenamentos²⁴. Ambas as orientações assinalam a prevalência de um de dois princípios materiais fundamentais do sistema: o da autonomia privada; e o da tutela da confiança. Uma primeira orientação, dita subjetivista, coloca a tónica na vontade do declarante: o sentido juridicamente relevante da declaração negocial seria aquele que o declarante lhe quisesse ter atribuído. O subjetivismo foi a posição dominante no séc. XIX²⁵. No início do séc. XX, em Portugal, é ainda subjetivo o critério seguido pelos autores na interpretação dos negócios jurídicos. Mas, a partir da 1.ª Grande Guerra, foi crescendo a preocupação com a tutela da confiança do declaratório que não se podia ver confrontado com uma vontade negocial alheia àquela com que razoavelmente podia esperar, atendendo à declaração²⁶. E hoje a doutrina é maioritariamente objetivista, tendo como amparo o disposto no artigo 236.º do CC.

Nos termos do artigo 236.º do CC, a interpretação de uma declaração negocial deve ser feita em sentido objetivo, tal como seria entendida por «(...) *um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório* (...)». O Código Civil, a propósito da interpretação da declaração negocial, na 1.ª parte do n.º 1 do artigo 236.º, adotou a teoria da impressão do destinatário²⁷. «*Releva o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratório, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde se podia conhecer*»²⁸. Esta é, como salienta Mota Pinto, «(...) *a posição mais razoável. É [também] a mais justa por ser a que dá tutela plena à legítima confiança da pessoa em face de quem é emitida a declaração*»²⁹.

²⁴ Cf. RUI PINTO DUARTE, *A Interpretação dos Contratos*, Coimbra, 2016, p. 10.

Neste parágrafo segue-se o que o autor deste estudo escreveu em *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2021, pp. 270 e s.

²⁵ O dogma da vontade, moldado por SAVIGNY e perpetuado na pandectística, favoreceu esta orientação.

²⁶ Nesta evolução, foi especialmente importante a obra de LARENZ, *O método da interpretação do negócio jurídico*, publicada em 1930.

²⁷ Cf., nomeadamente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, cit., pp. 717 e ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.ª edição, Lisboa, 2010, pp. 440 e ss.; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição (reformulada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2005, pp. 444 e ss. Aparentemente diversa é a posição de PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Coimbra, 2015, pp. 483 e ss., ao dar menor ênfase ao objetivismo na interpretação, tendo em conta as exceções constantes do artigo 236.º do CC; veja-se deste autor a explicação quanto ao objetivismo (pp. 486 e s.), justificando o objetivismo típico como representando a «natureza das coisas».

²⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 444.

²⁹ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 444.

A declaração negocial vale de acordo com o que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante (artigo 236.º, n.º 1, do CC). Releva a diligência de um declaratário normal.

A diligência por parte do declaratário (normal) interessa também ao declarante. Com efeito, este sabe que ao declaratário é exigível um mínimo de indagação acerca do que o declarante queria comunicar.

O artigo 236.º, n.º 1 *in fine*, do CC introduz uma locução normativa que se apresenta como uma limitação ao critério da impressão do declaratário: «*salvo se este não puder razoavelmente contar com ele*». Todavia, esta limitação tem sido entendida de modo restritivo, só para situações excecionais tendo em conta a dificuldade de perceção do declaratário – por exemplo consumidor –, não constituindo uma perspetiva subjetivista da interpretação e que foi incluída no preceito por razões históricas³⁰.

Particularmente quando se está perante declarações negociais emitidas por profissionais, assessorados por juristas conhecedores da realidade jurídica, o pendor subjetivista da norma interpretativa encontra maior dificuldade de aplicação. O subjetivismo na interpretação depara-se ainda com uma dificuldade acrescida atento o facto de ser difícil determinar quem foi o declarante e o declaratário de uma cláusula, na medida em que a mesma, como habitualmente em acordos parassociais, é amplamente negociada com alterações propostas por todas as partes.

II. Assentando nas ponderações constantes do ponto anterior, na interpretação deve começar por se atender à letra da cláusula (artigo 238.º, n.º 1, do CC), tal como foi redigida pelas partes.

Claro que o sentido literal pode ser infirmado por elementos coadjuvantes da interpretação, como na eventualidade de se provar que a vontade real das partes era diversa (artigo 236.º, n.º 2, do CC). De igual modo, com apoio nas diretivas de interpretação da lei (artigo 9.º do CC), pode concluir-se que, nas negociações, as partes pretenderam atribuir à cláusula em análise outro sentido, que não ficou refletido no elemento literal. Pode ainda demonstrar-se que, no escopo de uma preferência inserta num acordo parassocial, o sentido do direito de preferência era mais amplo do que o constante do texto da cláusula, assim como que, na unidade sistemática do acordo firmado pelas partes, o sentido da cláusula poderia ser entendido de modo distinto da letra do preceito.

³⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, cit., pp. 730-733.

Enfim, o sentido literal de uma cláusula pode ser restringido ou estendido sempre que se faça prova, com base nos elementos da interpretação, que as partes pretenderam, *in casu*, que o direito de preferência tivesse um âmbito mais restrito ou mais amplo do que aquele que resulta do texto escrito. Mas há que produzir tal prova e o jurista não pode alcançar tais conclusões sem se encontrar na posse dos correspondentes elementos probatórios. Não basta mencionar que o sentido literal da cláusula contraria os interesses e finalidades prosseguidas no acordo, frustrando a preferência, é necessário proceder a uma demonstração cabal justificativa de uma tal teleologia da cláusula; sem o que prevalece o sentido literal.

Tendo uma cláusula que estabelece um direito de preferência sido discutida por partes com preparação económico-jurídica e assessoradas por advogados, muito possivelmente, o sentido literal foi o efetivamente pretendido, pelo que uma interpretação extensiva ou restritiva terá de ter um apoio probatório relevante, assente na vontade das partes.

IV. Autonomia privada no âmbito do pacto de preferência

1. Liberdade contratual na conformação de um pacto de preferência

I. Canaris indica cinco princípios gerais de direito: 1) autonomia privada; 2) responsabilidade; 3) proteção da confiança; 4) tutela da personalidade; 5) proibição de enriquecimento sem causa³¹, colocando em primeiro lugar a autonomia privada, bem demonstrativo do relevo deste princípio no sistema jurídico³².

A autonomia decorre do princípio da liberdade, tanto numa perspetiva positiva (de cada um realizar os seus propósitos), como em sentido negativo (ausência de impedimentos para agir); ou seja, há um espaço de atuação e de não interferência na vida humana, que se funda no artigo 27.º da CRP.

A autonomia privada, muitas vezes revelada através da liberdade contratual (artigo 405.º do CC), confere ao sujeito a possibilidade de optar, seja na qualificação jurídica como na solução a encontrar para o caso concreto. Assim, no que respeita aos contratos, confere-se às partes: livre seleção dos contratantes; liberdade de escolha do modelo contratual; liberdade de celebração de negócios jurídicos; liberdade de estipulação do conteúdo da prestação (artigos 398.º, n.º 1, e 405.º do CC).

³¹ CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 123.

³² Nos parágrafos seguintes, aludindo sinteticamente à autonomia privada, seguem-se trechos do autor deste estudo em *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2021, pp. 135 e s.

No exercício da liberdade contratual, como resulta do artigo 405.º do CC, as partes podem recorrer a contratos tipificados, assim como a negócios atípicos e mistos; e no âmbito do contrato ajustado é usual preverem-se cláusulas típicas, frequentes em contratos idênticos, ou soluções jurídicas inovadoras. A cláusula por via da qual se confere um direito de preferência aos acionistas, no âmbito de um acordo parassocial, corresponde a uma cláusula típica, no sentido de usual em contratos similares.

A autonomia privada, como instituto geral, confere um espaço de liberdade, reconhecido às pessoas, tanto no que respeita à livre celebração de vínculos obrigacionais e à livre estipulação do conteúdo dos negócios jurídicos, como ainda na opção a sujeitar-se a determinado regime (p. ex., não comprar uma casa para não ter de pagar o correspondente imposto) ou adaptar um regime jurídico às suas pretensões (*v. g.*, iniciar um determinado tipo de atividade agrícola para obter uma autorização administrativa de captação de água, beneficiar de um subsídio ou de uma isenção fiscal)³³. Por isso, a autonomia privada tem especial relevo no direito, não estando circunscrita ao direito civil, nem sequer ao direito privado. É assim que se entende a multiplicidade de liberdades, arvoradas em direitos fundamentais na Constituição, como o direito à liberdade (artigo 27.º da CRP), liberdade de constituir família (artigo 36.º da CRP), liberdade de expressão (artigo 37.º da CRP), liberdade de imprensa (artigo 38.º da CRP), liberdade de consciência e de religião (artigo 41.º da CRP), liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º da CRP), liberdade de deslocação (artigo 44.º da CRP), liberdade de associação (artigo 46.º da CRP), liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º da CRP) ou liberdade de participação na vida pública (artigo 48.º da CRP)³⁴.

A liberdade contratual tem maior proeminência em sede de direito das obrigações do que em matéria de direito da família ou de direito das sucessões³⁵. Sem prejuízo do relevo geral, como princípio comum de todo o direito, é no plano contratual – seja em direito das obrigações ou direito comercial – que a autonomia privada encontra especial campo de atuação. E a liberdade contratual permite engendrar múltiplos negócios jurídicos, com diferente complexidade, para prosseguir os interesses dos sujeitos.

³³ Há uma multiplicidade de modos de ajustamento do comportamento do contribuinte tendo em vista reduzir a carga fiscal, que não integram o conceito de fraude fiscal; nomeadamente o contribuinte, pessoa singular, que opta por constituir uma sociedade para os rendimentos serem tributados em sede de IRC.

³⁴ ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 136.

³⁵ ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 331.

II. A autonomia privada tem duas vantagens: legitima a solução tomada pelos próprios interessados e promove o ajuste de soluções equilibradas. Há, contudo, exceções à liberdade contratual, como prevê o artigo 405.º do CC. Além de limitações concretas – «Dentro dos limites da lei» (p. ex., artigo 809.º do CC) –, há que atender à indisponibilidade de direitos: a autonomia privada encontra-se coartada (ou limitada) em relação a direitos indisponíveis. Por via de regra, os direitos patrimoniais são disponíveis e os direitos pessoais indisponíveis, mas há exceções. Por este motivo, no artigo 81.º do CC se prescreve, como regra, a nulidade das limitações ao exercício dos direitos de personalidade. De igual modo, as variadas liberdades consagradas na Constituição têm limites intrínsecos e extrínsecos, como se infere dos próprios preceitos que as mencionam e da conjugação com princípios gerais, como os da tutela da personalidade, da boa fé e da responsabilidade civil. A liberdade de cada um tem como limite a tutela de direitos de personalidade ou outros direitos subjetivos de terceiros³⁶.

III. A justiça comutativa tem por base a designada justiça do contrato, assente em dois postulados: autonomia privada (também designada, liberdade contratual); mercado livre (com especial relevo para a análise económica). São estes dois postulados da justiça comutativa (autonomia privada e liberdade de mercado) que justificam uma frequente clivagem entre a aplicação da lei e o paternalismo judicial. No fundo, o consentimento livre e a fixação de benefícios mútuos (não necessariamente económicos) redundará em diferendos cuja solução pode divergir entre a aplicação estrita do direito e a visão «paternalista», muitas vezes justificada na justiça do caso concreto³⁷.

Como referido, a autonomia privada tem limites, não podendo as partes engendrar negócios jurídicos em contrariedade à boa fé; mas, não raras vezes, os limites jurídicos à liberdade contratual confundem-se com um paternalismo judicial em que determinadas atuações das partes são entendidas como prejudiciais a terceiros e, nessa medida, qualificadas como ilícitas. Contudo, nada obsta a que a liberdade contratual seja usada para beneficiar as partes com consequentes prejuízos para terceiros. Além dos exemplos de gestão fiscal já indicados, podem as partes celebrar uma compra e venda com proibição de revenda a determinada pessoa, um arrendamento com interdição de subarrendamento a certo sujeito, cobrir uma proposta de aquisição para impedir que o proponente (p. ex., colecionador concorrente) adquira um bem, etc.

³⁶ ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 136.

³⁷ ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 111.

2. A preferência como limitação da liberdade contratual na celebração de subsequentes negócios jurídicos

Como referido, as preferências legais têm origem nos direitos reais, como modo de minimizar conflitos entre diferentes titulares. Sendo atribuídas no caso de haver ponderosas razões relacionadas com a tutela e exercício de tais direitos reais.

A limitação da autonomia privada justifica o carácter excecional do regime da preferência, mormente da preferência legal³⁸. Trata-se de uma limitação à liberdade de decidir contratar, pois o obrigado está condicionado no que respeita à escolha da contraparte. Como indica Agostinho Cardoso Guedes, sendo a liberdade de escolha da contraparte integrante do direito de dispor dos seus bens e encontrando-se o direito de dispor reconhecido no direito privado (artigos 405.º e 1305.º do CC), bem como na Constituição (artigo 62.º), a limitação decorrente do direito de preferência tem carácter excecional.

Como refere Agostinho Guedes, «(...) a preferência é um instituto que excepcionalmente limita a liberdade de contratar do respectivo obrigado e acaba por desvalorizar a propriedade a que está ligada (...)» e acrescenta, «Ou seja, restringir a propriedade e a liberdade para além do que é expressamente contemplado pelo legislador para proteger outros valores ou interesses, ainda por cima em nome do acesso à propriedade, parece-nos contraditório e desproporcionado»³⁹. E o autor esclarece: «Com isto pretendemos chamar à atenção para o perigo que pode envolver uma atitude de encarar estas restrições à liberdade contratual (agravadas pela generosidade com que o legislador português distribui direitos de preferência) como se de regras gerais se tratasse, extraindo da lei soluções que parecem querer levar até às últimas consequências uma lógica de protecção de interesses que não encontra reflexo na letra da lei»⁴⁰.

No mesmo sentido, a propósito de uma interpretação extensiva do artigo 47.º do RAU, escreveu-se: «A solução maximalista de recorrer a uma interpretação extensiva do regime, contende com a tutela do direito de propriedade e contraria o princípio da liberdade contratual, razões que conduziriam a uma postura restritiva do direito de preferência do arrendatário se não mesmo, de iure condendo, à sua exclusão»⁴¹.

³⁸ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., pp. 104 e ss., porquanto, como indica o autor (ob. cit., pp. e 58 ss.), a preferência representa um limite à liberdade de escolha do contraente.

³⁹ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., pp. 179 e 180.

⁴⁰ AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., p. 106.

⁴¹ ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte especial) Contratos*, 2.ª edição, Coimbra, 2001, p. 266, nota 1.

O carácter excecional da preferência legal parece ser incontestável; não há uma regra geral de preferências legais, porque contrariaria o espírito do sistema. Ora, sendo a preferência legal do arrendatário urbano, constante do artigo 1091.º do CC, uma regra excecional, não lhe pode ser dado um sentido que não tem apoio na letra da lei. Importa reiterar que tal sentido amplo contraria a recente evolução histórica do regime, não se coaduna com o elemento sistemático da interpretação e é desconforme com a interpretação que decorre das normas constitucionais (artigos 65.º e 62.º da CRP).

Esta argumentação expendida a propósito da preferência legal (mormente, do arrendatário) vale, *mutatis mutandis*, em relação à preferência convencional. O carácter excecional da preferência e a limitação à livre escolha do contraente e, subsequentemente, à transação de bens justifica um extremo rigor na determinação do sentido do conteúdo do pacto de preferência; isto é, obriga a uma interpretação rigorosa da cláusula que confere o direito de preferência, não podendo este ser admitido para além do estritamente acordado.

3. Autonomia privada no que respeita ao ajustamento de negócios jurídicos que não envolvem violação do pacto de preferência

a) Enunciação

I. Como indicado, a autonomia privada corresponde a um postulado fundamental de direito, com especial incidência no âmbito do direito das obrigações, assim como do direito comercial. E a referida liberdade contratual, dentro dos limites da lei, mormente no respeito da boa fé contratual, pode ser usada para beneficiar as partes (ou uma das partes) e prejudicar terceiros. Salvo áreas jurídicas em que o legislador se ateve a proteger a designada parte débil na relação contratual – p. ex., direito do trabalho ou direito do consumo –, podem engendrar-se cláusulas ou negócios que beneficiam especialmente uma das partes ou que prejudicam terceiros. Ainda que, por vezes, se tenha desenvolvido uma jurisprudência de tutela de desvalidos, em detrimento do princípio da liberdade contratual e, até, de regras legais que conferem autonomia às partes, essa opção jurisprudencial é fonte de insegurança jurídica⁴².

⁴² Em crítica ao que vulgarmente se designa por jurisprudência criativa, num pendor de tutela de desvalidos sem base legal, veja-se ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 341 e ss.

II. Assente na liberdade contratual têm proliferado negócios indiretos⁴³, por via dos quais as partes pretendem alcançar fins que não correspondem aos assegurados no negócio típico que ajustaram; não raras vezes, essa outra finalidade obtém-se pela celebração de um contrato misto. Sendo exemplo paradigmático o contrato misto *stricto sensu* ou cumulativo, em que, com um tipo contratual, prossegue-se também a finalidade típica de outro contrato (p. ex., compra e venda e doação, designada doação mista, *negotium mixtum cum donatione*). Mas também se pode aludir aos contratos complementares, estando perante um contrato com obrigações acessórias típicas de outro negócio (*v. g.*, arrendamento com aquecimento ou serviço de limpeza). Refira-se ainda a hipótese dos contratos de duplo tipo ou geminados, em que uma das partes fica adstrita à prestação típica de um contrato e a contraparte à de outro contrato (*v. g.*, alienação de terreno a construtor, ficando o alienante com um andar no prédio construído).

Os negócios indiretos podem ser ilícitos, provando-se uma divergência, como na simulação, ou uma atuação contrária à boa fé. Mas não basta concluir que alguém ficou prejudicado para se poder entender que o negócio é ilícito.

III. O direito de preferência é profícuo em hipóteses de exercício para prejudicar outrem ou de afastamento do preferente.

A *vexata quaestio* de saber se o obrigado à preferência tem de indicar o nome do interessado no projeto de venda resulta do facto de, por vezes, o titular do direito só querer exercer a preferência com o conhecimento daquele, pois, frequentemente, o preferente (*v. g.*, arrendatário) exercerá a preferência se o projetado adquirente for *persona non grata*. No polo oposto, além das hipóteses previstas nos artigos 417.º e 418.º do CC, há múltiplos meios (lícitos) de impedir o exercício da preferência; *v. g.*, em vez de alienar o prédio, transmite-se a titularidade das ações da sociedade proprietária. Esta situação é tão recorrente que, em tributação de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT), se obriga a pagar o imposto de transação no caso de ser transmitida determinada percentagem das ações da sociedade proprietária do imóvel (artigo 2.º, n.º 2, alínea d), do Código do IMT). E para obstar à aplicação deste preceito fiscal, de modo lícito,

⁴³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., pp. 249 e ss., relacionando os contratos indiretos como o *negotium mixtum cum donatione*, e admitindo que podem consubstanciar uma simulação, alude a duas hipóteses justificáveis: o contrato indireto por conveniência e o contrato indireto por necessidade. Dependendo do contexto, estas duas vias podem ser lícitas. O mesmo autor (ob. cit., p. 521) refere que o negócio indireto será válido, exceto se for celebrado em fraude à lei.

pode optar-se por transmitir a totalidade das ações da sociedade proprietária do imóvel para duas pessoas, sem que nenhum dos adquirentes fique com 75% do capital social.

Importa detalhar esta hipótese em que se pode afastar a preferência – inclusive a preferência legal – por via de transações indiretas de bens ou de transmissões excluídas da preferência. As hipóteses são múltiplas e pode unicamente fazer-se um exercício exemplificativo, muito aquém da realidade.

Se o obrigado à preferência deixar em testamento, a um herdeiro ou legatário, o bem objeto da preferência é afastado o direito de preferência e o herdeiro testamentário pode nem sequer ser herdeiro legítimo; a via sucessória, que determina o afastamento da preferência por se tratar de uma transmissão *mortis causa*, sem contrapartida, pode ser feita em vida do obrigado à preferência, através do mecanismo da partilha em vida (artigo 2029.º do CC), que, todavia, se encontra circunscrita a herdeiros legitimários⁴⁴.

Para além das transmissões *mortis causa*, também a preferência pode ser excluída por via de negócios *inter vivos*. Em primeiro lugar, o direito de preferência é afastado se a transferência for feita por via de negócio gratuito (*v. g.*, doação); por outro lado, também pode obstar-se ao exercício do direito de preferência nas hipóteses previstas nos artigos 417.º e 418.º do CC, já analisadas; por fim, poder-se-á engendrar um modo atípico de transmissão do bem objeto da preferência que inviabiliza (licitamente) o exercício do correspondente direito. Imagine-se um prédio com três irmãos comproprietários em que só um deles tem um filho; este, através da partilha em vida, deixa ao filho a quota parte no prédio, os outros dois irmãos sem filhos vendem as respetivas quotas ao sobrinho e este tornar-se-á proprietário da totalidade do imóvel, sem que o arrendatário possa exercer o direito de preferência. Os exemplos podem prosseguir – e reitera-se trata-se de mera indicação enunciativa –, como no caso de se proceder à permuta de dois prédios, inviabilizando que os respetivos arrendatários exerçam a preferência ou, celebrando-se um contrato de duplo tipo ou geminado (*v. g.*, transmissão de terreno a construtor, ficando o alienante com um andar no prédio construído), não se permite o exercício de preferência sobre o terreno⁴⁵.

⁴⁴ Muito frequentemente, no pacto social de uma sociedade, para impedir que, por via da transmissão *mortis causa*, os herdeiros de um sócio acedam à posição societária do *de cuius*, preveem-se mecanismos de resgate, pagando aos herdeiros o valor da quota.

⁴⁵ Refira-se o Ac. STJ de 26/4/2018 (Fernanda Isabel Pereira), CJ (STJ) 2018, T. I, p. 144, em que foi negado ao arrendatário o exercício do direito de preferência, na medida em que a venda do imóvel inseria-se no âmbito de um contrato fiduciário, de financiamento do obrigado à preferência.

No plano societário é de atender a uma situação usual que pode frustrar (licitamente) o exercício de uma preferência. Na eventualidade de se recorrer a uma entrada em espécie no capital social da sociedade a constituir (artigos 25.º e 28.º do CSC) ou a um aumento de capital social de sociedade preexistente, mediante entrada em espécie, sendo essa entrada feita pelo proprietário, p. ex. de um imóvel arrendado, o arrendatário, ainda que titular de uma preferência legal, não pode exercer o direito de preferência.

A situação recorrente que integra o último grupo de hipóteses corresponde à transmissão da posição acionista de sociedade proprietária do bem objeto da transmissão. Neste caso, até a preferência legal (p. ex., do arrendatário) não pode ser exercida. De igual modo, sendo o acionista uma pessoa coletiva, o direito de preferência dos demais acionistas não pode ser exercido na eventualidade de transmissão de participações sociais da sociedade acionista; neste caso, bastará a transmissão de ações (ou quotas) que implique o controlo da sociedade acionista. Esta questão tem sido alvo de amplo debate, na contraposição entre *asset deals* e *share deals*⁴⁶; ao abrigo da autonomia privada, as partes podem optar por uma alienação direta do bem (*asset deal*) ou por uma transmissão indireta (*share deal*). Como refere Ferreira Gomes, na aquisição de empresas, ao abrigo da liberdade contratual, as partes são livres de seleccionar um de dois tipos de negócios (*asset deals* e *share deals*), com vantagens e desvantagens; é o interesse das partes que as levará a celebrar um negócio em que o objeto é a própria empresa (*asset deal*) ou, pelo contrário, mantendo a titularidade nos bens na sociedade, são transmitidas as participações sociais, permitindo ao adquirente destas assumir o controlo da sociedade (*share deal*)⁴⁷. A opção por uma ou outra via depende do contexto; assim, ainda que o *share deal* reduza a incerteza jurídica relacionada com a determinação do objeto da transmissão, tem como inconveniente a assunção do passivo da sociedade. O *share deal* pode ter subjacente um processo de fusão ou de cisão de sociedades.

Particularmente quantos aos *share deals*, tem-se suscitado a dúvida se, por esta via, podem ser afastadas preferências⁴⁸. Com especial relevo para duas situações:

⁴⁶ Cf. este debate em FERREIRA GOMES, *M&A, Aquisição de Empresas e de Participações Sociais*, Lisboa, 2022, pp. 33 e ss., com múltiplas referências doutrinárias.

⁴⁷ FERREIRA GOMES, *M&A, Aquisição de Empresas e de Participações Sociais*, cit., p. 33.

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, em anotação ao artigo 421.º, *Código Civil Comentado*, II, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, 2021, p. 222, considera que a interposição de uma pessoa coletiva, operando como modo suscetível de contornar a preferência, pode suscitar a desconsideração da personalidade coletiva, a ponderar num plano objetivo. Nesta posição de Menezes Cordeiro, importa atender que a consideração é feita em sede de ação de preferência, tendo em vista a tutela de um direito

a preferência do senhorio no trespasse do estabelecimento (artigo 1112.º, n.º 4, do CC); a preferência do arrendatário na venda do imóvel (artigo 1091.º, n.º 1, alínea a), do CC). Sendo o arrendatário uma pessoa coletiva, em vez de proceder ao trespasse do estabelecimento (*asset deal*), pode transmitir as participações sociais da sociedade arrendatária (*share deal*). De igual modo, estando o prédio arrendado na propriedade de uma pessoa coletiva, em vez de proceder à venda do imóvel (*asset deal*), pode pretender-se transmitir as participações sociais da sociedade (*share deal*). Nestes dois exemplos, inviabiliza-se o exercício do direito de preferência, respetivamente do senhorio e do arrendatário, de modo lícito⁴⁹.

b) Limites: abuso do direito

Atendendo à autonomia privada, as hipóteses enunciadas na alínea anterior podem inviabilizar o exercício do direito de preferência e não são, por si, ilícitas. Há, todavia, como referido, limites, porquanto a multiplicidade de negócios que a liberdade contratual permite às partes não deve contrariar a boa fé contratual; mormente, não poderão enquadrar-se no âmbito do abuso do direito (artigo 334.º do CC).

Assim sendo, caso o negócio jurídico engendrado ao abrigo da liberdade contratual possa ser qualificado como violador em excesso dos limites da boa fé, dos bons costumes ou do fim social ou económico do direito, poderá haver ilegitimidade; ou seja, consubstanciar um comportamento ilícito enquadrável no abuso do direito. Mas não se pode retirar automaticamente da realização de um contrato que obste ao exercício do direito de preferência que foi realizado em abuso do direito. O abuso do direito, nomeadamente a violação em excesso manifesto dos limites da boa fé, carece de uma prova concludente, cujo ónus impende sobre aquele que o invoca; não se presume. Um comportamento violador de ditames da boa fé pode deduzir-se de indícios, mas estes têm de ser suficientemente relevantes para se poder concluir no sentido de o exercício do direito – *in casu*, a transmissão do bem objeto da preferência – exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé.

real de aquisição, como ainda que a desconsideração da personalidade coletiva decorre do abuso do direito.

⁴⁹ Cf. FERREIRA GOMES, *M&A, Aquisição de Empresas e de Participações Sociais*, cit., pp. 58 e ss. Com uma explicação detalhada, indicando que, pese embora a possibilidade de opção, as hipóteses jurídicas não são equiparáveis; ou seja, não se pode cotejar o trespasse com a transmissão das participações sociais de uma sociedade, *vd.* PINTO MONTEIRO/MOTA PINTO, «Compra e venda de empresa: A venda de participações sociais como venda da empresa (“*share deal*”)», *RLJ*, 137 (2007), pp. 99 e ss.

Se não tiver ficado provado que as partes atuaram em abuso do direito, tendo em vista afastar a preferência e, deste modo, prejudicar o titular do direito de preferência, a transmissão operada, nomeadamente recorrendo a uma das vias enunciadas na alínea anterior, é lícita.

V. Exercício do direito de preferência

1. Pluralidade de preferentes: exercício conjunto; licitação; preferência sucessiva

Em caso de pluralidade de preferentes, como estipula o artigo 419.º, n.º 1, do CC, de modo supletivo, o direito será exercido por todos os preferentes, em conjunto, acrescendo à parcela dos que pretendam exercer o direito as correspondentes parcelas dos preferentes que não pretendem exercer o direito. Mas se o direito houver de ser exercido só por um dos preferentes, abrir-se-á licitação entre todos (artigo 419.º, n.º 2, do CC).

A este elenco acresce a situação prevista no artigo 422.º do CC de preferência de exercício sucessivo. Neste caso, existe uma ordem de preferência entre os diversos preferentes⁵⁰. A preferência sucessiva, além da previsão no artigo 422.º do CC, em que a posição jurídica do preferente legal prevalece sobre a do preferente obrigacional com eficácia real e este sobre o preferente convencional sem eficácia real, ainda encontra consagrações legais, como no artigo 1091.º, n.º 3, do CC, em que a preferência do arrendatário prevalece sobre a do proprietário do solo, ou a do artigo 1409.º, n.º 1, do CC, que coloca o comproprietário em primeiro lugar entre os preferentes legais. Nestes casos, o legislador alude a graus de preferência, em que o preferente de primeiro grau prevalece sobre o que se encontra no segundo grau, e assim por diante. Pode ainda prever-se critérios para o exercício da preferência, como no artigo 1380.º do CC.

Além das duas vias supletivas previstas no artigo 419.º do CC, em caso de preferência convencional e ao abrigo da liberdade contratual, nada impede que as partes acordem noutra rumo jurídico na eventualidade de pluralidade de preferentes.

⁵⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 508, que designa esta situação de preferência sucessiva, de acordo com a terminologia do Código de Processo Civil (artigo 1033.º). Veja-se ainda AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *O Exercício do Direito de Preferência*, cit., pp. 407 e ss., este autor (ob. cit., p. 410) esclarece: «(...) os vários direitos de preferência só podem ser exercidos de forma sucessiva; ou seja, a lei estabelece uma hierarquia entre os direitos, e cada um só pode ser exercido se o direito imediatamente anterior tiver sido objecto de renúncia ou tiver caducado».

Podem, assim, estabelecer-se preferências entre os preferentes, de molde a prever graus de preferência, similar ao regime constante do artigo 422.º do CC ou previsto em sede de preferências legais.

Estas situações – tanto legais como convencionais – enquadram-se na citada preferência sucessiva, em que há um exercício sequencial do direito de preferência. Na hipótese de preferência sucessiva permite-se que seja notificado «(...) *cada um dos preferentes à medida que lhe for tocando a sua vez em consequência da renúncia ou perda do direito do interessado anterior*» (artigo 1033.º, n.º 1, 2.ª parte, do CPC)⁵¹.

2. Exercício da preferência sucessiva (ou sequencial)

I. Tendo as partes, num acordo parassocial, atendendo ao facto de haver pluralidade de preferentes, previsto que o direito de preferência fosse exercido, em primeiro lugar, pelos acionistas, pessoas singulares e, só no caso de estes o não exercerem, é que a preferência poderia ser exercida pelos acionistas, pessoas coletivas, foi ajustada uma preferência sucessiva ou sequencial. Corresponde a uma preferência sequencial, similar à prevista no artigo 422.º do CC, em que se estabeleceu uma prioridade no exercício do direito de preferência. Há, pois, um duplo grau de preferência, em que prevalecem os preferentes de primeiro grau sobre os preferentes de segundo grau.

Neste caso, como a preferência dos acionistas, pessoas singulares, prevalece sobre a preferência dos acionistas, pessoas coletivas, estes só podem exercer o seu direito se os primeiros (acionistas, pessoas singulares) não exercerem, deixando caducar o seu direito, ou manifestarem vontade de não exercer a correspondente preferência. Este regime de preferência sequencial, engendrado pelas partes, na falta de previsão contratual (como é o caso), tem de ser resolvido pela via similar do artigo 422.º do CC, com as devidas adaptações, porquanto *in casu* os preferentes não podem recorrer à ação de preferência.

Deste modo, considerando que a transação efetuada integra a previsão contratual do direito de preferência, o obrigado à preferência deveria começar por enviar a comunicação prevista no artigo 416.º do CC aos acionistas, pessoas singulares. Se estes acionistas pretendessem exercer a preferência, o direito seria exercido em conjunto, rateando-se (artigo 419.º, n.º 1, do CC); se só um dos acionistas, pessoa

⁵¹ Como indica MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, II, cit., p. 509, «(...) nas preferências sucessivas, preferindo o de grau superior, não há que indagar de comunicações aos restantes».

singular, exercesse o direito, à sua pretensão acrescia o direito do outro acionista (artigo 419.º, n.º 1, *in fine*, do CC). Em qualquer destas hipóteses, em razão da prevalência de preferências, era afastado o direito dos acionistas, pessoas coletivas.

Diversamente, caso os acionistas, pessoas singulares, declarassem não pretender exercer o direito ou deixassem decorrer o prazo legal de oito dias (artigo 416.º, n.º 2, do CC), só então o obrigado à preferência teria de enviar novas missivas, agora, aos acionistas, pessoas coletivas.

Atendendo ao regime sequencial de preferência, acordado pelas partes, os acionistas, pessoas coletivas, só poderiam exercer o direito de preferência depois de ter havido recusa por parte dos acionistas, pessoas singulares, ou se o exercício do direito de preferência destes tivesse caducado por falta de resposta no prazo legal ou acordado.

II. Quanto às preferências legais sucessivas discute-se se o exercício do direito por parte dos preferentes de segundo grau pressupõe a prévia notificação dos preferentes de primeiro grau, nos termos do artigo 1033.º, n.º 1, do CPC.

Havendo preferências legais sucessivas pode entender-se que o preferente de segundo grau tem a faculdade de notificar o preferente de primeiro grau, para este exercer o seu direito, mas não tem o dever jurídico de o fazer⁵². Seguindo este entendimento, o preferente de segundo grau pode, desde logo, exercer o seu direito, sujeitando-se, contudo, a ser preterido na eventualidade de o preferente de primeiro grau também exercer o seu direito de preferência.

Este entendimento não se coaduna com o disposto no n.º 1 do artigo 1033.º do CPC, onde nunca se descarta a exigência de notificação ao preferente de primeiro grau; não sendo, atenta a letra da lei, uma mera faculdade, mas um ónus. Deste preceito decorre – pese embora a utilização da expressão verbal «pode» – a exigência de notificação de todos os preferentes. Parece ser este também o sentido do disposto no n.º 3 do artigo 1037.º do CPC, atendendo às necessárias adaptações referidas, que devem ter em conta o disposto no artigo 1033.º, n.º 1, do CPC⁵³. De facto, não se exigindo a notificação de todos os preferentes, permitir-se-ia que o preferente

⁵² Cf. ANTUNES VARELA, anotação aos acórdãos do STJ de 28/2/1980 e 25/6/1981, *RLJ* 115.º (1982/83), pp. 283 ss., e anotação aos acórdãos do STJ de 15/10/1981, *RLJ* 116.º (1983/84), pp. 282 ss. Solução seguida, posteriormente, no Ac. STJ de 15/11/1990 (Pereira da Silva), *BMJ* 401, p. 570, Ac. STJ de 19/2/1994 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt, e Ac. STJ de 3/2/2004 (Ribeiro de Almeida), www.dgsi.pt, arestos que seguem a doutrina defendida por Antunes Varela nas anotações mencionadas.

⁵³ Neste sentido, cf. a doutrina citada na anterior nota 50.

de segundo grau, mais lesto no exercício de tal direito, obste ao exercício do direito por parte do preferente de primeiro grau

A estes argumentos, acresce que a posição contrária assenta na tutela das preferências legais, tentando evitar que a sequência preferencial constitua um óbice ao direito real de aquisição, criado pelo legislador. Esta razão não vale para as preferências convencionais, nem os artigos 1033.º, n.º 1, e 1037.º, n.º 3, do CPC se aplicam às preferências obrigacionais. Daí que, as soluções preconizadas por alguma doutrina e jurisprudência, em caso de preferências legais sucessivas, fundadas numa interpretação dos referidos preceitos do Código de Processo Civil⁵⁴, são inaplicáveis às preferências convencionais, meramente obrigacionais, de carácter sucessivo. Sendo a preferência sucessiva de natureza obrigacional não pode, de modo algum, recorrer-se a uma interpretação discutível de preceitos aplicáveis exclusivamente a preferências legais, que têm um fundamento diverso.

Tratando-se de uma preferência convencional de natureza sucessiva prevalece a solução decorrente da autonomia privada, nos termos que tiver sido ajustado no correspondente acordo.

III. Admitindo que a transação das participações sociais estava abrangida pela preferência acordada no acordo parassocial, importa averiguar como poderia ser exercido o direito de preferência, atendendo ao regime de preferência sucessivo estabelecido contratualmente.

Considerando a similitude com o regime constante do artigo 422.º do CC, cabe atender ao exercício do direito de preferência numa lógica de prevalência de uns preferentes (pessoas singulares) sobre os outros (pessoas coletivas), nos termos acordados pelos acionistas no acordo parassocial.

A prevalência sequencial pode ser analisada tendo como modelo a venda de um prédio arrendado, em que, além da preferência legal, havia sido ajustada uma preferência convencional em relação ao proprietário do prédio vizinho. Tendo o obrigado às preferências alienado o bem a terceiro, só o preferente legal (arrendatário) pode reagir, intentando uma ação de preferência (artigo 1410.º do CC), porquanto ao preferente convencional sem eficácia real, não é conferida esta via jurídica de reacção. Este último nem sequer tem direito a ser indemnizado, pois enquanto o preferente legal puder reagir não se verifica uma situação de incumprimento relativamente à preferência convencional. Atente-se, agora, numa segunda hipótese em que, além da preferência do arrendatário, ao proprietário do prédio vizinho

⁵⁴ *Vd.* doutrina e jurisprudência citadas na nota 52.

foi atribuída uma preferência com eficácia real. Tendo o obrigado às duas preferências alienado o prédio a terceiro, o incumprimento verifica-se unicamente em relação ao preferente legal (arrendatário), que pode reagir mediante a ação de preferência. Só na eventualidade de este não ter reagido e deixar passar o prazo de caducidade de seis meses do artigo 1410.º do CC, é que surge o segundo incumprimento, relativamente ao preferente convencional. Como a preferência deste tem eficácia real, decorrido o prazo de seis meses para o preferente legal reagir, inicia-se um novo prazo de seis meses para o preferente convencional com eficácia real poder recorrer à ação de preferência. O mesmo exercício pode ser feito relativamente aos graus de preferências legais: se o superficiário vender um prédio arrendado sem ter dado preferência nem ao arrendatário nem ao proprietário do solo, só o primeiro pode reagir; num segundo momento, não pretendendo o arrendatário recorrer à ação de preferência, é, então, conferido ao proprietário do solo o correspondente direito real de aquisição. O direito só se constitui na esfera jurídica do preferente de segundo grau depois de ter havido a recusa de exercício do direito ou o decurso do prazo de caducidade em relação ao preferente de primeiro grau.

IV. Analisada a questão no âmbito de coexistência de uma preferência legal e de uma preferência convencional sem eficácia real (1.ª hipótese) e com eficácia real (2.ª hipótese) e de preferências legais de diferentes graus, importa, agora, atender à situação em que há duas preferências convencionais com mera eficácia obrigacional, mas de exercício sequencial, em que a preferência dos acionistas, pessoas singulares, prevalece sobre a preferência dos acionistas, pessoas coletivas.

Na eventualidade de ter havido alienação das participações sociais objeto da preferência, estando vedado o recurso à ação de preferência a qualquer um dos preferentes, resta a via da tutela indemnizatória; contudo, a tutela indemnizatória também segue uma lógica sequencial. Assim sendo, no pressuposto de ter havido uma transmissão de participações societárias objeto do pacto de preferência constante de cláusula do acordo parassocial, o incumprimento da preferência ocorre unicamente em relação aos preferentes de primeiro grau (acionistas, pessoas singulares); só estes podem reagir reclamando a correspondente indemnização. Relativamente aos preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas) não chegou a haver incumprimento da preferência; quanto a estes só se estaria perante o incumprimento da preferência se os primeiros (acionistas, pessoas singulares) tivessem renunciado ao seu direito ou deixassem passar o prazo de exercício do direito de preferência.

V. A preferência sucessiva analisada tem uma dificuldade de concretização relativamente às anteriores hipóteses, em que se contrapunha uma preferência legal

com uma preferência obrigacional. Nesta, como referido, o primeiro titular do direito de preferência tem um prazo de seis meses para reagir, intentando a ação de preferência, razão pela qual, caducando o direito deste, surge o incumprimento da preferência relativamente ao preferente obrigacional. Mas no caso da preferência de acionistas, como é convencional com eficácia meramente obrigacional, o prazo de reação dos preferentes de primeiro grau (acionistas, pessoas singulares) é o prazo ordinário de prescrição de vinte anos (artigo 309.º do CC).

A diferença de prazos é perfeitamente compreensível: a ação de preferência tem de ser intentada num prazo curto de caducidade, pois estão em causa direitos de terceiros e, por motivos de segurança jurídica, o exercício do direito de preferência é limitado temporalmente. No caso de preferência convencional sem eficácia real, a sua violação corresponde a um incumprimento contratual, sem pôr em causa direitos de terceiros e a validade de contratos executados, pelo que o prazo de reação é o comum, de vinte anos (artigo 309.º do CC).

Dito isto, no contexto analisado de uma preferência sequencial, meramente obrigacional, os preferentes de segundo grau têm de aguardar pela reação dos preferentes de primeiro grau durante o prazo ordinário de prescrição, só depois do decurso deste prazo, na falta de reclamação por parte destes (preferentes de primeiro grau), podem os outros reagir. Se algum dos preferentes de primeiro grau reagir à violação do direito, reclamando a correspondente indemnização, não chegou a existir incumprimento da preferência em relação aos preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas). Diferentemente, se decorrido o prazo de prescrição, os preferentes de primeiro grau (acionistas, pessoas singulares) não tiverem reagido ao incumprimento, cabe, então, aos preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas) reclamar a indemnização pelo incumprimento da preferência.

Pode parecer estranho que, no contexto analisado de uma preferência sequencial, meramente obrigacional, os preferentes de segundo grau tenham de aguardar pela reação dos preferentes de primeiro grau durante vinte anos e, só depois do decurso deste prazo, na falta de reclamação por parte daqueles, pudessem reagir. Na hipótese configurada de ter havido uma venda de participações sociais em violação da preferência constante do acordo parassocial, poder-se-ia admitir que os preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas) notificassem os preferentes de primeiro grau (acionistas, pessoas singulares) para reagirem ao incumprimento da preferência, num prazo que lhes for fixado. Se algum dos preferentes de primeiro grau reagir ao incumprimento, reclamando a correspondente indemnização, não chegou a existir incumprimento da preferência em relação aos preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas). Diferentemente, se no prazo fixado

na notificação, os preferentes de primeiro grau (acionistas, pessoas singulares) não tiverem reagido ao incumprimento, cabe, então, aos preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas) reclamar a indemnização pelo incumprimento da preferência. Mas esta via da notificação para os preferentes de primeiro grau reagirem ao incumprimento da preferência pode suscitar dúvidas.

A preferência sucessiva foi pensada para preferências com eficácia real, sendo de execução mais complexa em sede de preferências meramente obrigacionais e, como indicado, nesta sede obrigacional, são inaplicáveis as soluções constantes dos artigos 1033.º, n.º 1, e 1037.º, n.º 3, do CPC. Até porque a constituição de um direito à indemnização a favor do preferente subsequente (de segundo grau) é muito difícil de equacionar. Em primeiro lugar, porque a violação do direito deste só se pode afirmar se o preferente de primeiro grau não pretender exercer o seu direito e esta «decisão» dificilmente pode ser desencadeada por uma notificação do preferente de segundo grau (em que ele instasse o preferente de primeiro grau a exercer o seu direito à indemnização). Não é líquido que o preferente de segundo grau possa instar o preferente de primeiro grau a exercer ou renunciar ao direito, assim como que lhe fixe prazos de decisão (exercer ou não a preferência), que é livre e não condicionada. Acresce que o exercício do direito à indemnização pelo preferente de primeiro grau, para estes efeitos, deve ser entendido amplamente: este não o exerce apenas quando intenta uma ação de indemnização, mas também quando o extinga por acordo com o obrigado à preferência, quando celebre uma transação, etc. Nas situações mencionadas, o preferente de primeiro grau assume que existiu uma violação e exerce o seu direito à indemnização, dispondo dele, mesmo que não chegue a receber quantia alguma a título de indemnização. Em todos esses casos, portanto, justamente por estar implícito que o preferente de primeiro grau pretenderia exercer o seu direito de preferir e o tem por violado, não se chega a constituir o direito à indemnização do preferente de segundo grau.

VI. No fundo, só se pode considerar que houve incumprimento da preferência convencional relativamente aos preferentes de segundo grau (acionistas, pessoas coletivas) depois de verificado que os preferentes de primeiro grau (acionistas, pessoas singulares) não pretendem reagir, reclamando a indemnização ou estabelecendo uma transação; tal como a preferência é sucessiva, também o incumprimento da correspondente obrigação é sequencial.