

## O PACTO DE PREFERÊNCIA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

*Patrícia de Almeida Torres Oliveira<sup>1</sup>*

### CONCEITUAÇÃO e CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O pacto de preferência é tratado nos artigos 414.º a 423.º, sendo também designado por pacto de prelação<sup>2</sup>.

Consiste num acordo pelo qual alguém se obriga a dar preferência a outrem, na eventual conclusão futura de um determinado contrato, caso o promitente venha de facto a celebrá-lo e o beneficiário queira contratar em condições iguais às que um terceiro aceita.<sup>3</sup>

A lei fez menção expressa aos casos de preferência na venda, porém deve ficar claro que o pacto de preferência é figura mais geral, uma vez que o art. 423.º admite a assunção de obrigação de preferência em relação a outros contratos com ela compatível.<sup>4</sup>

Ressalta a doutrina que o instituto manifesta especial importância prática a respeito da compra e venda, e neste ponto se justifica a denominação pacto de preempção. Mas, o

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais

<sup>2</sup> - Em nota de n 1, pág 381, esclarece Almeida Costa que por vezes, os direitos de preferência são ainda designados de direitos de opção. Mas não se pode confundir os dois institutos visto que pacto de preferência é celebrado na previsão de um eventual contrato futuro, com proposta irrevogável derivada de um pacto de opção, em que só falta a aceitação do destinatário para que o novo contrato seja concluído.

O referido autor, ao tratar do contrato de promessa, faz menção ao pacto de opção, diferenciando os dois institutos. Segundo ele distingue-se contrao-promessa unilateral do pacto de opção, que consiste num acordo em que uma das partes se vincula à respectiva declaração de vontade negocial, correspondente ao negócio visado, e a outra tem a faculdade de aceitá-la ou não, considerando-se essa declaração da primeira proposta irrevogável. Esclarece por último que o entendimento acerca da matéria não é pacífico. Pág. 327-8 In Direito das obrigações.

<sup>3</sup> - Cfme Almeida Costa, Mário Júlio, in Direito das Obrigações 7ª edição, Almedina, Coimbra 1998 pag. 381. De uma forma mais singela, Menezes Leitão define pacto de preferência como sendo ‘a convenção, pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa.’ In Direito das Obrigações vol. I pág 248.

<sup>4</sup> - Segundo Menezes Leitão, Direito das obrigações, op. cit. pág. 248. Esclarece-se que apenas estarão nessa situação os contratos onerosos, e que não sejam intuito personae.

referido instituto não é exclusivo da compra e venda podendo se verificar em qualquer um dos contratos onerosos em que se tenha estipulado uma preferência.<sup>5</sup>

O pacto de preferência é classificado como um contrato preliminar, da mesma forma encontra-se o contrato-promessa. Porém, apesar de ambos os contratos estarem inseridos na mesma categoria jurídica, contém traços distintivos.

Observa a doutrina, neste ponto, que no contrato-promessa, o promitente assume uma verdadeira obrigação de realizar o negócio prometido. De forma diversa se apresenta o pacto de preferência, no qual o promitente não assume uma obrigação ou vinculação pura e simples, mas sim condicionada. Ou seja, o promitente fica adstrito a dar preferência a outrem na realização de determinado contrato, mas compromete-se apenas em preferi-lo, tanto por tanto, se vier a existir um proposta contratual aceita pelo promitente. Tal facto deve ser comunicado ao promissário, para que este se manifeste se deseja ou não exercer a preferência em igualdade de condições em relação a um terceiro.

O pacto de preferência determina que o obrigado à preferência não se obriga a contratar, mas sim a escolher alguém como contratante caso decida contratar, e ainda se este lhe oferecer as mesmas condições que foram oferecidas em negócio proposto por um terceiro.<sup>6</sup>

O pacto de preferência pode ser entendido como sendo uma limitação da liberdade de contratar. As partes têm liberdade de querer contratar ou não, mas, poderá decidir celebrar um contrato, ficando sujeita à opção do beneficiário em igualdade de condições, resultando assim restringida à possibilidade de escolha de outro contratante.

---

<sup>5</sup> - Observa a doutrina ao tratar do tema que o legislador português tratou da espécie como gênero, ao considerar inicialmente o pacto de preferência de forma especial ao contrato de compra e venda, estendendo posteriormente a possibilidade de inclusão em outras espécies contratuais, quando cabível. Por exemplo a locação, sociedade, direito de superfície, todos contratos onerosos em que se torna possível pactuar uma preferência. Segundo Almeida Costa, op. cit. pág 382.

<sup>6</sup> - Conclui Menezes Leitão que ‘o pacto de preferência é assim a convenção pela qual alguém assume a obrigação de escolher outrem como contraente, nas mesmas condições negociadas com terceiro, no caso de decidir contratar’. Em continuação conclui que ‘o pacto de preferência é um contrato unilateral, uma vez que apenas uma das partes assume uma obrigação, ficando a outra parte (o titular da preferência) livre de exercer ou não o seu direito.’ In Direito das Obrigações, op. cit., pág. 249.

O mesmo se verifica nos casos de direito legal de preferência – arts. 1380º, 1409º, 1535º, 1555º, e 2130º.<sup>7</sup>

E ainda, o facto de as partes terem estipulado um pacto de preferência, terá por reflexo um certo desvio ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

A regra geral é que os contratos apenas produzirão efeitos entre as partes contratantes, não atingindo terceiros. Porém o Código Civil Português prevê as excepções admitidas ao facultar as partes contratantes a possibilidade de atribuir eficácia real a certos contratos, dentre os quais se incluem o contrato-promessa e o pacto de preferência.

O pacto de preferência é unilateral, vinculando apenas uma das partes contratantes – o beneficiário fica livre para exercer ou não o direito que lhe foi atribuído.<sup>8</sup>

### **REQUISITOS DE FORMA E DE SUBSTÂNCIA E TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO E DA OBRIGAÇÃO DE PREFERÊNCIA.**

Determina o artigo 415 do Código Civil Português que aplica-se ao pacto de preferência o mesmo regime do contrato-promessa, disposto no artigo 410.<sup>9</sup>

O pacto de preferência deve ser submetido pura e simplesmente ao regime geral dos contratos, ressalvando-se apenas o requisito da forma.

---

<sup>7</sup> - Cfme Almeida Costa, Mário Júlio, in *Direito das Obrigações* 7ª edição, Almedina, Coimbra 1998 pag.201, nota 1. O autor relata casos em que se terá uma obrigação de preferência estabelecida nos estatutos de uma sociedade comercial, nos seguintes termos: Art. 5º “No caso de estranhos pretenderem a totalidade de quotas existentes, não é lícito a qualquer sócio obstar à cessão total, se não tiver usado o direito de preferência, pelo que terá de ceder a sua quota ou as suas quotas nas condições e preço oferecidos” (in *Diário do Governo*, III Série, nº 41, de 18 de Fevereiro de 1975, pág. 944).

<sup>8</sup> - A doutrina considera possível a existência de um pacto de preferência recíproco, citando como exemplo a convenção de preferência entre os condividentes numa partilha, mediante a possibilidade de algum deles alienar a sua parte. Cfme ALMEIDA COSTA, op. cit. pág. 382.

<sup>9</sup> ALMEIDA COSTA posiciona-se no sentido de não caber, por equiparação ao contrato-promessa, as disposições aplicáveis ao contrato em que está inserido o pacto de preferência. Afirma que inexistente preceito exposto que determine a subordinação do pacto de preferência às disposições aplicáveis ao contrato a que se refira. No entanto, este entendimento não é unânime, defendendo em sentido contrário, que aplica-se o princípio da equiparação o Prof. MENEZES CORDEIRO. In *Direito das Obrigações* vol I pág 488 e seguintes. apud ALMEIDA COSTA, op. cit. pág 382-3 nota 1.

Isto significa que a regra geral para a sua validade não depende de forma especial, apenas se exigindo que o pacto de preferência conste de documento particular, se para a celebração do contrato preferível for exigido documento autêntico ou particular.<sup>10</sup>

E, segundo o n.º 2 do artigo 410, devido ao facto no pacto de preferência só existir apenas um promitente, faz-se necessária apenas a assinatura deste – daquele que se obriga à preferência.<sup>11</sup>

Quanto ao n.º 3 do artigo 410, estabeleceu exigências específicas de forma para as promessas relativas à celebração de contratos onerosos de transmissão ou constituição de direitos reais sobre edifícios, construídos, em qualquer fase de construção ou apenas projectados. No entanto, nada declara sobre a extensão deste regime ao pacto de preferência com o mesmo objecto. A doutrina, ao estudar a matéria, questionou se aplicava-se ao pacto de preferência, quanto à forma, as precisas regras do contrato-promessa. Posicionou-se no sentido de não caber aplicação analógica ao contrato-promessa, ou interpretação extensiva.<sup>12</sup>

Quanto à transmissibilidade do direito e correlata obrigação de preferência, segundo o que dispõe o artigo 420º, são intransmissíveis, entre vivos e por morte, ressalvada estipulação expressa em contrário.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> - Neste sentido posicionou-se MENEZES LEITÃO In Direito..., op. cit. pág. 249. Ressalva-se porém que não há unanimidade na doutrina quanto a equiparação supra mencionada.

<sup>11</sup> - As partes podem contratar preferências recíprocas, recaindo estas sobre objectos diferentes. Com isso, quanto ao conteúdo, existirão dois pactos de preferência distintos, e, se constarem de um único documento, e em sendo exigida forma especial para o contrato preferível, ambos devem assinar o documento. Mas, por se tratarem de pactos distintos, a falta de assinatura de um dos contraentes não afetará a constituição da obrigação do outro. Segundo MENEZES LEITÃO, op. cit. pág. 249 nota 513.

<sup>12</sup> - Neste sentido MENEZES LEITÃO, op. cit. pág. 249 e ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 383 nota 2. Acrescenta ALMEIDA COSTA que: ‘Nada se declara sobre a extensão deste regime ao pacto de preferência com o mesmo objecto. Ora, visto que, por expressa remissão do art. 415.º, se aplicavam ao pacto de preferência, quanto à forma, as precisas regras do contra-promessa, surge uma dúvida natural: será que o legislador “dixit minus quam voluit”, devendo-se alargar ao pacto de preferência a disciplina do n.º 3 do art. 410? Propende-se para a solução negativa, embora no sistema da nossa lê ocorra manifesta aproximação entre o pacto de preferência e o contrato-promessa. As razões que explicam tais particulares cautelas do n.º 3 do art. 410.º a respeito deste exemplo, a posição de um promitente-comprador diante de um promitente-vendedor, ou, inclusive, e Ada contraparte de uma promessa unilateral de venda, apresenta-se algo diversa e mais carecida de protecção cuidadosa do que a do simples beneficiário de um direito de preferência em face da pessoa que se obrigou a conceder-lha. Não se verificam os pressupostos do recurso a uma aplicação analógica ou interpretação extensiva.’ Idem, nota 2.

<sup>13</sup> - Afirma ainda ALMEIDA COSTA que a transmissibilidade do direito de preferência poderá resultar da natureza do contrato, tacitamente, independente de qualquer menção expressa neste sentido. In Direito

## OS DIREITOS DE PREFERÊNCIA COM EFICÁCIA REAL

De maneira geral, o pacto de preferência apenas irá produzir efeitos meramente obrigacionais, conferindo ao seu titular um direito de crédito exigível do preferível. Esse direito, devido à sua natureza creditória, será relativo e oponível apenas à parte contrante que se obrigou à preferência, inexistindo oponibilidade contra terceiros.

No entanto, admite a lei civil no art. 421 que, poderá por convenção entre as partes, ganhar o direito de preferência eficácia real, desde que respeitados requisitos impostos em lei, a saber:

- em se tratando de bens imóveis, ou móveis sujeito a registro, deve ser respeitado o requisito de forma e publicidade. Com isso, em se tratando de direito de preferência relativo a bens sujeito a registro, deve o pacto ser celebrado por escritura pública;
- quando não for exigida em lei a forma pública para o contrato prometido, sendo este feito por contrato particular com a assinatura do obrigado, é necessário o reconhecimento da assinatura da parte que se vincula, ou de ambas as partes, quando se tratar de contrato bilateral.<sup>14</sup>

Além das hipóteses supra mencionadas, existem outras hipóteses de preferência estipuladas na lei, denominadas na doutrina de *preferências legais*. São situações em que a lei excepcionalmente concede a determinados titulares de direitos reais ou pessoais de gozo, sobre determinada coisa, a preferência na hipóteses de venda ou entrega da coisa, objecto deste direito, para o cumprimento de uma obrigação. Como hipóteses dessas preferências legais temos a preferência na aquisição da fração ideal da propriedade em comum, e a preferência do arrendatário na hipótese de venda do bem arrendado.

As preferências legais se caracterizam por terem sempre eficácia real, permitindo que o titular deste direito imponha a sua preferência contra terceiros.

---

das Obrigações, op.cit. pág 383. Neste sentido também posicionou-se PIRES de LIMA e ANTUNES VARELA, In Código Civil Anotado, vol 1 pag. 396, anotação 1 ao art. 420.

<sup>14</sup> - Segundo o disposto no artigo 413.º nº 2, com redacção determinada pelo Dec. Lei. N.º 379/86 de 11-11.

Neste ponto a doutrina coloca um questionamento sobre eventual conflito entre os direitos legais de preferência e a atribuição de eficácia real ao pacto de preferência.

A questão é solucionada pela lei, ao determinar que o direito de preferência convencionado entre as partes por meio de pacto de preferência não poderá prevalecer sobre os direitos reais de preferência.<sup>15</sup>

### **OBRIGAÇÃO DE PREFERÊNCIA**

O regime da obrigação de preferência é estipulado em lei, nos artigos 416º a 418º.<sup>16</sup>

Iniciaremos analisando o artigo 416.º Dispõe que, ao pretender vender a coisa objecto da preferência, deve o preferível comunicar o preferente do projecto de venda e das cláusulas e condições contratuais.

Recebida a comunicação, deve o titular da preferência exercer o seu direito, sob pena de caducidade, no prazo de 8 dias ou qualquer outro que se tenha convencionado.

A regra estabelecida em lei é questionada quanto a sua clareza pela doutrina. São levantadas algumas dúvidas interpretativas, dando azo a discussão doutrinária neste âmbito.

O primeiro questionamento feito pela doutrina refere-se à notificação da preferência. Estabelece a lei que ‘o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projecto de venda’. Mas não exige que esta comunicação seja feita de forma específica. O mesmo se diz em relação ao exercício deste direito, o que faz surgir dúvidas quanto à forma de se cumprir a referida exigência legal. Entendem alguns doutrinadores que, diante da omissão da lei, pode ser feita a comunicação até mesmo oralmente.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> - A solução fixada em lei parece ser a mais lógica, visto que não faria sentido poderem as partes estipular uma preferência que pudesse se sobrepor à preferência legalmente atribuída.

<sup>16</sup> - A doutrina ressalta o facto de o regime legal previsto para a obrigação de preferência estipulada ente as partes, é aplicável também aos direitos de preferência estipulados pela lei, ou seja, aqueles que independem de convenção das partes neste sentido.

<sup>17</sup> - Neste sentido MENEZES LEITÃO, In Direito das Obrigações pág.251, citando em nota GALVÃO TELLES, no mesmo sentido.

Em que pese ser admitida a forma oral de comunicação, as partes tem buscado efetuar-la na forma escrita, evitando posteriores questionamentos e dificuldades na elaboração da prova.

Ademais, deve-se considerar que a compra e venda geralmente não se efectua num único acto. É feito o convite para contratar, e daí se seguem inúmeras negociações até que se chega a um acordo final.

É importante esclarecer que a comunicação para o exercício da preferência não pode ser considerada com a simples notificação de que se pretende vender o bem objecto da preferência.<sup>18</sup>

Só se terá cumprido o requisito da comunicação quando estiverem sido encerradas as negociações com o terceiro, fechando-se o acordo final de venda. Neste momento deve ser comunicado o preferente para que exerça a sua preferência em igualdade de condições com o terceiro. Devem constar neste acordo final de venda as cláusulas contratuais, fixação de preço e condições de pagamento.

Se for encaminhado para o conhecimento do titular da preferência, um simples proposta contratual ou convite a contratar, a rejeição deste por parte do titular da preferência, por si só não determina a perda deste direito.<sup>19</sup>

Outra questão que merece ser considerada é o facto da lei ter exigido que a comunicação se dê quanto ao projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato. Ao assim dispor fixou a obrigatoriedade de ser comunicado não só a intenção de vender mas também as cláusulas do respectivo contrato.

Não basta indicar apenas os elementos gerais do negócio jurídico, mas também devem ser comunicadas todas as estipulações particulares acordadas, e que sejam relevantes para a decisão de exercício do direito de preferência.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> - Leciona MENEZES LEITÃO que: 'Por outro lado, ao se referir ao projecto de venda e às cláusulas do respectivo contrato, parece claro que a comunicação da preferência tem que estabelecer por referência a existência de um contrato preferível, não podendo ser considerada como comunicação para preferência a emissão de propostas contratuais ou de convites a contratar' Idem pag 251.

<sup>19</sup> Esclarece a doutrina que 'mesmo que o contrato preferível tenha exactamente o mesmo conteúdo que a proposta ou convite rejeitados', não determina a perda da preferência em caso de ter sido comunicação a ele um simples proposta ou mero convite a contratar. No entanto ressalve que se 'vier a ser celebrado o contrato em consequência dessa proposta ou convite, o direito de preferência extinguir-se-á por inutilidade.' Segundo MENEZES LEITÃO op. cit., pág. 251-2.

<sup>20</sup> - Esclarece-se neste ponto que apenas haverá a possibilidade do exercício da preferência se o preferente oferecer a compra em igualdade de condições com terceiro. A comunicação deve ser feita de forma a dar

É necessário ser dado todo o conhecimento ao preferente acerca das condições do negócio jurídico para que este possa refletir e decidir se deseja ou não contratar. Devem ser comunicados todos os elementos que se mostrem significativos para a formação da vontade de exercer ou não a preferência.<sup>21</sup>

E ainda, levanta-se o facto de ter sido omissa a lei quanto à necessidade de constar o nome do terceiro na comunicação, com o qual foram negociadas as condições objecto da comunicação.

Não há unanimidade na doutrina ao tratar do tema.

A primeira posição que merece destaque é defendida por OLIVEIRA ASCENÇÃO,<sup>22</sup> ao entender que a lei faz apenas referência a cláusulas do contrato, não podendo ser considerado abrangido o nome de terceiro nessa referência, de forma a constar necessariamente nesta comunicação a pessoa com quem está sendo negociado o bem objecto da preferência.

Outra posição é a de GALVÃO TELLES e MENEZES CORDEIRO, entendendo que deve constar o nome de terceiro na comunicação da preferência em atenção ao princípio da boa-fé.

Por último, a posição defendida por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA<sup>23</sup> que sustenta que o nome do terceiro não necessariamente deve constar da comunicação,

## BIBLIOGRAFIA

ao preferente o conhecimento da exacta condição da venda entabulada, para que prefira em relação a terceiro. Ao decidir situação em que se questionava a violação do direito de preferência, assim entendeu a jurisprudência que a venda por preço superior ao notificado ao titular da preferência, que deixou de exercer-la tempestivamente, não consubstancia 'alteração essencial' permissiva de novo exercício daquele direito, que deve considerar-se ter cauducado. (Acórdão do Sup. Trib. de Just., de 3-III-1983, com anotação de ANTUNES VARELA, in 'Rev. de Leg. e de Jur.' ano 120 pag. 19 e segs.) apud ALMEIDA COSTA, op. cit., pág 385 nota 2.

<sup>21</sup> - A jurisprudência, ao decidir sobre a matéria, acrescenta ainda que 'a boa-fé manda que o titular do direito de preferência seja informado de qualquer circunstancialismo que tenha por necessário para ponderar o exercício do seu direito (in 'Actual. Juríd.', cit., ano 2, nº 9, pag. 10, sob nº 2063) apud ALMEIDA COSTA, pag. 384, nota 2.

<sup>22</sup> - In Preferência do arrendatário habitacional, notificação, caducidade, renúncia. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1992, ROA 53 (1993), págs 673-708 (691 e ss) apud MENEZES LEITÃO, op. cit. pág 252 nota 516.

<sup>23</sup> - In Código Civil Anotado, Volume I (arts. 1º a 761), 3ª edição, seguidos por CARLOS BARATA, in Da obrigação de Preferência apud MENEZES LEITÃO, op. cit. pág. 253 nota 518.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 7ª edição revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1998

LIMA, Fernando Andrade Pires de VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. Volume I (arts. 1º a 761), 3ª edição Revista e Actualizada Coimbra Editora

MENEZES LEITÃO, Luis. *Manuel de Direito das Obrigações*. Volume I, 5ª edição, Almedina