

Tribunal da Relação de Guimarães
Processo nº 129/19.1T8FAF-C.G1

Relator: ANIZABEL SOUSA PEREIRA

Sessão: 04 Junho 2020

Número: RG

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

PEDIDO SUBSIDIÁRIO

DIREITO DE PREFERÊNCIA DEPÓSITO DO PREÇO

CADUCIDADE

Sumário

- Normalmente, o tribunal só conhece do pedido subsidiário, no caso de julgar improcedente o pedido principal.
- Mas do elemento literal e teleológico do art. 554º do CPC retiram-se outras situações.
- Na verdade, o conhecimento da caducidade do direito de ação (por falta do depósito do preço no prazo aludido no art. 1410º do CC) com referência ao pedido subsidiário e suscitada pelos RR na contestação poderia ocorrer no despacho saneador, antes da apreciação da procedência ou não do pedido principal, uma vez que se trata de uma decisão sobre uma exceção perentória e o juiz deverá começar pela apreciação das que têm natureza preclusiva, como é o caso da caducidade.
- Por outro lado, o facto preclusivo atinente à caducidade do direito de ação (e referido ao pedido subsidiário) poderá e deverá ser apreciado numa ordem lógica de precedência de conhecimento, por uma questão de economia processual, e pelas razões que estão subjacentes à admissibilidade dos pedidos subsidiários, porquanto o efeito é o de precluir toda a indagação da situação controvertida, dispensando averiguar a sua existência.

Texto Integral

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES:

*

I- RELATÓRIO:

1. No âmbito da presente ação, os Autores pediram:

- a) Seja declarado e reconhecido o direito de propriedade dos Autores sobre o prédio supra identificado no artigo 1º, da p.i.;
- b) Seja declarado e reconhecido o direito de propriedade dos Autores sobre a parcela de terreno descrita sob o artigo 16º, da p.i., como parte integrante daquele seu prédio identificado acima no artigo 1º, da p.i.;
- c) Seja declarado e reconhecido que os Réus não têm servidão de passagem com veículos agrícolas ou outros, através da parcela de terreno propriedade dos Autores, identificada sob o artigo 16º, da p.i., e que é parte integrante do prédio *supra* identificado sob o artigo 1º, para aquele “Campo ...”, identificado sob o artigo 23º, da p.i.;
- d) Seja declarado que os Réus apenas podem transitar naquela parcela de terreno a pé e em dias em que a água que é conduzida no rego, lhes pertence; Subsidiariamente,
- e) Na eventualidade de se entender que a favor do prédio denominado “Campo ...” melhor identificado sob o artigo 23º, da p.i., dos Réus existe constituída servidão de passagem a onerar aquela parcela de terreno do prédio dos Autores, seja reconhecido e declarado a favor destes o direito de exercer a preferência na aquisição do identificado prédio, pelo preço de venda de € 17.500,00 (dezassete mil e quinhentos euros), bem como o Imposto Municipal de Transações, Imposto de Selo e despesas de escritura, fixando-se o prazo de 10 (dez) dias a partir da data do trânsito em julgado da sentença, para procederem ao depósito daquelas quantias; Ainda subsidiariamente,
- f) Para o caso de se entender que a favor do prédio dos Réus identificado sob o artigo 23º, da p.i., e a onerar o prédio dos Autores identificado sob o artigo 1º, da p.i., existe a servidão de passagem e que estes não têm direito de preferência na aquisição do prédio, seja declarada a sua extinção por desnecessidade.

Para tanto, em síntese, alegaram: que são donos e legítimos possuidores do prédio urbano situado no lugar do ..., ..., no concelho de Fafe, correspondente a casa de rés-do-chão e 1º andar e logradouro, com a área coberta de 126 m2 e descoberta de 1.119 m2, a confrontar do norte e poente com rego de consortes, do sul e nascente com estrada camarária, inscrito na matriz sob o artigo ...; que esse prédio é integrado por uma parcela de terreno, que se encontra fora da vedação que ali implantaram, com cerca de 2 m de largura e

20 m de comprimento; que os Réus passaram nessa parcela de terreno e que, tendo sido por si notificados de que não lhes assistia o direito de ali transitar, responderam-lhe dizendo que tinham passagem sobre aquela parcela; que tiveram ainda conhecimento que o prédio de que agora são proprietários foi-lhes recentemente alienado, tendo-se inteirado das condições de negócio por consulta da escritura pública celebrada no Cartório Notarial da Dra. S. M. em 24.11.2016; que, para hipótese de se considerar que o seu prédio se encontra onerado com uma servidão de passagem, tem o direito de preferir na venda (cfr. fls. 3/verso a 8).

*

2. Regularmente citados, em contestação, os Réus, para além de outros fundamentos, sustentaram quanto ao pedido correspondente ao exercício do direito de preferência, que são parte ilegítima, por ter havido preterição de litisconsórcio necessário passivo ao não terem sido demandados os alienantes do prédio, e que o direito de preferir deve considerar-se extinto por caducidade, uma vez que os Autores não procederem ao depósito do preço no prazo de 15 (quinze) dias a contar da propositura da ação (cfr. fls. 30/verso a 39).

*

3. Na réplica apresentada a fls. 53 a 60, os Autores exerceram o contraditório quanto a estas questões, sustentando:

- A respeito da ilegitimidade, que a preferência apenas e só se coloca na eventualidade de ser não ser reconhecido e declarado a inexistência da servidão e que o alienante não tem qualquer interesse em contradizer;
- A respeito do depósito do preço, que só faz sentido que o efetuem quando houver a pronúncia do Tribunal quanto à existência da servidão de passagem enquanto ónus do prédio.

*

4. O tribunal proferiu decisão sobre a exceção deduzida da caducidade, no despacho saneador, com o seguinte dispositivo:

“Nestes termos, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 1410º, do CCiv, 576º/3 e 595º/1,b), do CPCiv, julgo procedente a exceção perentória de caducidade, e, em consequência, absolvo os Réus do pedido formulado em e), da p.i..”

*

É desta decisão que vem interposto recurso pelos AA, os quais terminam o seu recurso formulando as seguintes **conclusões (que se transcrevem)**:

1. Ao abrigo do art.º 644.º, n.º 1, al. b), do CPC, vem o presente recurso

interposto do douto despacho saneador que, sem pôr termo ao processo, julgou verificada a exceção peremptória de caducidade e absolveu os RR. do pedido formulado na alínea e) da petição inicial;

2. A presente acção tem por objecto o reconhecimento do direito de propriedade dos AA. sobre a parcela de terreno descrita no artigo 16.º, enquanto parte integrante do prédio identificado no artigo 1.º, e o reconhecimento da inexistência do direito de servidão de passagem dos RR. com veículos agrícolas ou outros, a onerar a dita parcela de terreno propriedade dos AA. a favor do denominado “Campo ...” identificado no artigo 23.º, todos da petição inicial;

3. Apenas subsidiariamente, perante a improcedência deste último pedido, se colocam as questões da existência e do exercício do direito de preferência, pelos AA., na aquisição do prédio dominante denominado “Campo ...” identificado no artigo 23.º da Petição Inicial;

4. Entenderam os AA., por isso, que só para o caso (que não concebem e nem concedem - *vide* artigo 33.º da Petição Inicial) de se julgar verificada a existência da dita servidão, é que a presente acção se configuraria, então e subsidiariamente, como uma acção de preferência;

5. Entenderam também que o seu direito de preferência (fundado no art.º 1555.º do Código Civil) apenas nasce com a verificação da existência da predita servidão legal e não antes;

6. Por isso, sufragando tal interpretação conjugada dos artigos 1555.º e 1410.º do Código Civil e 554.º, n.º 1 do CPC, os AA. expressamente peticionaram na alínea e) do petitório, que se fixasse o prazo de 10 dias a partir da data do trânsito em julgado da sentença que reconhecesse a dita servidão de passagem e, conseqüentemente, o direito de preferência dos AA., para estes procederem ao depósito daquelas quantias;

7. A aplicação do art.º 1410.º do Código Civil, por remissão do n.º 2 do art.º 1555.º do mesmo Código, deve ser efectuada com as devidas e necessárias adaptações, uma vez que aquela disposição legal foi pensada para os “comproprietários” e não para os proprietários de prédios eventualmente onerados com servidões legais ainda não judicialmente declaradas;

8. De harmonia com o disposto no art.º 554.º, n.º 1 do CPC, que admite expressamente a formulação de pedidos subsidiários, “diz-se subsidiário o pedido que é apresentado ao Tribunal para ser tomado em consideração somente em caso de não proceder o pedido anterior”;

9. Porém, no caso dos autos, o douto despacho saneador tomou em consideração, de imediato, o pedido subsidiário, julgando-o improcedente e dele absolvendo os RR., independentemente da procedência ou improcedência do pedido principal, sobre o qual não existe ainda decisão, o que contraria

expressamente o disposto no art.º 554.º, n.º 1 do CPC;

10. Sendo formulado um pedido principal de reconhecimento de inexistência de servidão legal, sendo formulado um pedido subsidiário de reconhecimento do direito de preferência a favor do proprietário do prédio onerado com servidão legal e [3] não sendo pacífico, nem sendo reconhecido e nem tendo ainda sido judicialmente declarado tal direito legal de servidão, o n.º 1 do art.º 1410.º do Código Civil, aplicado por remissão do n.º 2 do art.º 1555.º do mesmo Código, deve ser interpretado sistematicamente, de harmonia com o disposto no art.º 554.º, n.º 1 do CPC, de modo que só no caso de improcedência do pedido principal e julgada verificada a existência da dita servidão legal, é que nasce na esfera jurídica do proprietário do prédio serviente o direito legal de preferência;

11. Destarte, só após a notificação da decisão judicial que reconheça a existência da dita servidão legal e, conseqüentemente, julgue improcedente o pedido principal e procedente o pedido subsidiário, declarando o direito de preferência do proprietário do prédio serviente, é que deverá começar a contar o prazo de 15 dias previsto no art.º 1410.º do Código Civil;

12. Assim não decidindo, o duto despacho recorrido viola as disposições conjugadas dos art.ºs 1555.º e 1410.º do Código Civil e 554.º, n.º 1 do CPC.

13. Para o caso de assim não se entender, entendem os AA. que, de acordo com todas as soluções de direito plausíveis, sendo perfeitamente equacionável e juridicamente defensável a sua interpretação das mencionadas normas legais, seria excessivamente penalizador a imediata prolação de decisão de improcedência do pedido de reconhecimento do direito legal de preferência, com fundamento na verificação da caducidade do direito;

14. Uma simples “falha processual”, fundada em interpretação jurídica perfeitamente equacionável à luz de todas as soluções de direito plausíveis, não poderá colocar em causa, de forma irremediável ou definitiva, os fins substantivos do processo, sendo de exigir que a arquitectura da tramitação processual sustente, de forma equilibrada e adequada, a efectividade da tutela jurisdicional, alicerçada na prevalência da justiça material sobre a justiça formal, afastando-se de soluções de desequilíbrio entre as falhas processuais – que deverão ser distinguidas, consoante a gravidade e a relevância – e as conseqüências incidentes sobre a substancial regulação das pretensões das partes;

15. No caso dos autos não se coloca a questão do exercício do direito de acção em determinado prazo, maso mero depósito de uma determinada quantia após o exercício tempestivo daquele direito;

16. O depósito do preço serve para assegurar que o réu adquirente receberá o preço, sendo que se tem entendido que a existência do prazo de 15 dias

justifica-se na medida em que a alienação a terceiro faz com que a discussão, em torno do direito de preferir, extravase a relação entre preferente e sujeito passivo, criando uma situação de incerteza passível de afectar não só os direitos daquele, como ainda a própria segurança do tráfico jurídico, o que reclama uma rápida clarificação da situação jurídica;

17.E, no caso dos autos, a concessão, neste momento (encontrando-se os autos na fase do despacho saneador), de um derradeiro e último prazo para que os AA. procedam ao depósito do preço, continua a permitir a realização dos fins pretendidos pelo legislador, isto é, continua a assegurar que os RR. receberão o preço, e a clarificar a situação jurídica, pondo termo à situação de incerteza;

18.Os fins pretendidos pelo legislador ainda se podem perfeitamente alcançar nesta fase dos autos, não se justificando, salvo melhor opinião, que os AA. sejam tão severamente penalizados por terem feito a interpretação jurídica supra exposta, ao ponto de lhes ser imediatamente coarctado o exercício do direito de preferência no caso - e só no caso - de vir a ser reconhecida a existência do direito de servidão;

19.Na situação concreta dos autos, em que está em causa o exercício do direito de preferência previsto no art.º 1555.º do Código Civil, sendo formulado um pedido principal de reconhecimento de inexistência de servidão legal, sendo formulado um pedido subsidiário de reconhecimento do direito de preferência a favor de proprietário de prédio onerado com servidão legal, e não sendo pacífico, nem sendo reconhecido e nem tendo ainda sido judicialmente declarado tal direito legal de servidão, é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade insito no art.º 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, a interpretação conjugada dos artigos 1555.º e 1410.º do Código Civil e 554.º, n.º 1 do CPC, no sentido de que, se no prazo de 15 dias contados da formulação do pedido subsidiário de reconhecimento do direito de preferência, o autor não proceder ao depósito do preço do negócio, caduca imediatamente o seu direito de acção, sem que haja necessidade de lhe ser concedido pelo Tribunal um último e derradeiro prazo para proceder àquele depósito.

20.Tão severa “sanção” não é idónea, não é necessária e nem é proporcional;

21.O duto despacho recorrido viola, assim, o art.º 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

*

Os RR apresentaram **contra-alegações**, concluindo, em síntese, pela manutenção da decisão por ser absolutamente correta a decisão tomada pelo tribunal a quo que considerou que a falta de depósito do preço determina a extinção do direito por caducidade.

*

O recurso foi admitido como apelação, com subida em separado e com efeito devolutivo.

O recurso foi recebido nesta Relação, considerando-se devidamente admitido, no efeito legalmente previsto.

Assim, cumpre apreciar o recurso deduzido.

II-FUNDAMENTAÇÃO

A questão essencial a decidir no presente recurso, em função das conclusões recursivas é a seguinte: **da questão da apreciação da caducidade (e sua oportunidade) do direito da ação de preferência, formulada ou enquadrada enquanto pedido subsidiário**, nomeadamente por não ter sido feito o depósito do preço aludido no art. 1410º do CC nos 15 dias após a interposição da ação, conforme sustentado na decisão judicial ou deverá entender-se, conforme argumentam os recorrentes, que apenas deverá ter lugar tal depósito 15 dias após o trânsito em julgado da sentença que reconhecesse a alegada servidão de passagem e, conseqüentemente, o direito de preferência dos AA para estes procederem ao depósito daquelas quantias.

Outras questões são as seguintes:

- da inconstitucionalidade do entendimento sustentado na decisão judicial por violação do art. 18º nº2 da CRP, porquanto, aduzem os recorrentes, estando perante uma medida processual restritiva de direitos fundamentais redonda numa sanção que não é idónea, necessária e proporcional, sustentando-se, assim, que a concessão de um derradeiro prazo para proceder ao depósito do preço, na fase do despacho saneador, continua a permitir os fins do legislador (assegurar que o réu receberá o preço).

*

III- Para a apreciação da questão elencada, é importante atentar, além do mais na matéria que resultou provada para apreciação da questão e que o tribunal recorrido descreveu nos termos seguintes:

“Discutida a causa, resulta provado do confronto dos autos que:

- Os Autores não procederam ao depósito do preço, no montante de € 17.500,00 (dezassete mil e quinhentos euros) pela transmissão do prédio a que se reporta escritura pública celebrada no Cartório Notarial da Dra. S. M., sito em ..., em 24.11.2016, cuja cópia consta de fls. 19 a 20.”

*

IV- Da questão da caducidade do direito de ação de preferência deduzida esta enquanto pedido subsidiário:

A primeira instância entendeu que se verificava a caducidade do direito de ação de preferência deduzida enquanto pedido subsidiário por, em síntese, os autores não terem procedido ao depósito do preço devido no prazo previsto no artigo 1410.º, n.º 1, do Código Civil, refutando os argumentos aduzidos pelos AA nos seguintes termos:

a)- quanto à pretensão ter sido deduzida a título subsidiário, entendeu que tal não descaracteriza a ação como sendo de preferência (quanto ao pedido da alínea e)), tratando-se “ de uma ação enxertada num processo em que é requerida outro tipo de tutela a título principal”, pelo que “estavam os Autores onerados a proceder ao depósito do preço, nos termos previstos na parte final do artigo 1410º/1, sob pena de caducidade do direito, como arguido pelos Réus, independentemente de o pedido ter sido formulado de forma principal ou apenas para o caso de aquele improceder.”;

b)- quanto à alegada declaração da existência de um direito que sirva de base ao exercício do direito de preferência, entendeu a decisão que “ é sempre uma eventualidade presente nesse tipo de ações, quer a pretensão de substituição no lugar do adquirente seja formulada a título principal ou a título subsidiário...estando sempre obrigado ao depósito do preço (...) O legislador optou por onerar o pretense preferente com a realização do depósito, não o fazendo depender do reconhecimento dessa qualidade, pois que não deferiu para a fase da sentença o cumprimento dessa injunção. Caso a ação não proceda, restará ao autor da ação de preferência requerer o levantamento do preço depositado (...) A verificação dessa exceção inutiliza a necessidade de conhecimento da exceção de ilegitimidade plural, por preterição de litisconsórcio necessário passivo, e a prática de atos com vista ao seu suprimento (...) considerando o disposto no artigo 278º/3, 2.ª parte, do CPCiv, estando em causa a regularização de pressupostos processuais estabelecidos em favor dos Réus, e podendo a ação ser conhecida em sentido favorável a estes, deve prevalecer a decisão de mérito”

É desta decisão judicial que os apelantes vêm interpor o presente recurso de apelação, por entenderem que apenas deverá ter lugar tal depósito do preço 15 dias após o trânsito em julgado da sentença que reconhecesse a alegada servidão de passagem e, conseqüentemente, o direito de preferência dos AA para estes procederem ao depósito daquelas quantias (ou, quando muito

deveria o tribunal ter concedido aos AA, na fase do despacho saneador, o mesmo prazo para depositarem o preço).

Reside o seu inconformismo em relação àquela decisão na circunstância de, na sua perspectiva, em síntese, se verificar o seguinte:

- 1- tomou-se conhecimento de um pedido subsidiário antes do pedido principal, o que não pode ocorrer porquanto, por um lado, um pedido (o reconhecimento da servidão) é a negação do outro (principal) e caso o pedido principal fosse julgado procedente ou parcialmente, teríamos o conhecimento do pedido principal e do pedido subsidiário, o que redundaria num caso de pronúncia *ultra petitem*;

- 2- o direito de preferir e a existência da servidão permanecem matéria controvertida, isto porque, a seu ver, deverá ser feita a interpretação do art. 1555º e 1410º do CC e 554º do CPC no sentido de que não estando judicialmente declarado o direito legal de servidão também não existe o direito legal de preferência (ou seja: o direito de preferência só nasce com a verificação da predita servidão e não antes, pelo que só depois de verificada a existência da servidão é que a ação se configuraria como de preferência);

-3 - aquele entendimento da decisão judicial é excessivamente penalizador por fazer prevalecer a justiça formal sobre a justiça material (os ónus processuais devem servir o fim para que são instituídos e estando apenas em causa o depósito do preço, apenas se trata de assegurar que o réu receberá o preço, pelo que o entendimento da concessão de um derradeiro prazo para tal depósito, na fase do despacho saneador, conforme é sustentado pelos apelantes, continua a permitir os fins do legislador (assegurar que o réu receberá o preço); por outro lado, o entendimento contrário e plasmado na decisão judicial é inconstitucional, por violação do art. 18º,nº2 da CRP e preconiza uma sanção que não é idónea, necessária e proporcional, nomeadamente perante uma medida processual restritiva de direitos fundamentais.

Traçado que está o inconformismo dos apelantes em relação à decisão recorrida, urge verificar se lhes assiste razão nas críticas que aduzem à decisão proferida, no nosso entendimento, de mérito (e não de forma) nela proferida.

Vejamos.

1.

Estatui o artº 554º nº1 do CPC:

«Diz-se subsidiário o pedido que é apresentado ao tribunal para ser tomado em consideração somente no caso de não proceder um pedido anterior.»

O pedido subsidiário não se confunde com o pedido alternativo porque este diz respeito a direitos e obrigações alternativos que são suscetíveis de se resolver em alternativa.

Já naqueles a alternativa é meramente formal ou aparente, inexistindo na realidade, pois que falta a característica essencial da obrigação alternativa qual seja, a *equivalência jurídico/material* de qualquer das prestações para, rigorosamente, na *mesma medida e alcance*, satisfazer o interesse do credor. Assim, o pedido subsidiário é apresentado ao tribunal para ser tomado em consideração somente no caso de não proceder um pedido anterior.

Constituem aquilo que Castro Mendes designa por “alternativa aparente”(1), em que o autor formula dois pedidos, reconhecendo que só um deles pode ou deve ser julgado procedente, “porque só a um (embora só a final se determine qual) sabe que tem direito”.

O pedido colocado em plano superior tem o cunho de pedido principal ou primário; o colocado em plano inferior é o pedido subsidiário.

E como este pedido, normalmente, só tem de ser apreciado e considerado no caso de não proceder o pedido primário, diz-se que tem carácter eventual.

Por isso, ao pedido subsidiário dão os processualistas alemães a designação de “acumulação eventual”.

Os dois pedidos - principal e subsidiário - devem dizer respeito ao mesmo ato ou facto jurídico. Mas denunciam uma atitude de *dúvida* ou hesitação do autor perante tal facto. O autor porque não está seguro que a sua pretensão venha a ser acolhida pelo tribunal, deduz subsidiariamente uma outra pretensão mais sólida para ser considerada caso não venha a vingar a primeira. (2)

Aliás a relação de dependência e aparência do pedido subsidiário relativamente ao principal é de tal modo intensa que é defensável, que a *parcial procedência deste obste à apreciação de qualquer pedido subsidiário* - Ac. do STJ de 06.07.2006, p. 06A1978.

Tal utilidade mais se evidencia quando se permite ao autor formular pedidos que sejam substancialmente incompatíveis sem correr o risco de indeferimento liminar ou de absolvição da instância com base em ineptidão da petição inicial. Por isso, o Prof. A. dos Reis (in ob cit, p. 140) frisava que “ o pedido subsidiário estará quase sempre em oposição com o pedido primário”. António Geraldes, (in Temas da Reforma de Processo Civil, p. 141) salienta que se justifica “ a previsão da subsidiariedade de pedidos como forma de, com economia de processos, acautelarem melhor o direito substantivo que o autor pretenda fazer valer colocando-o a coberto de exceções perentórias de

caducidade ou de prescrição” (sublinhado nosso).

Em suma: a admissibilidade da formulação de pedidos subsidiários justifica-se em face dos princípios gerais e das conveniências de economia processual. Têm, designadamente, a vantagem de não deixar precluir o direito de propor determinada ação sujeita a prazo e acautelam melhor o direito substantivo que o autor pretenda fazer valer colocando-o a coberto de exceções perentórias de caducidade ou de prescrição.

Por tudo o exposto, normalmente – será a hipótese mais comum – o tribunal só conhece do pedido subsidiário no caso de julgar improcedente o pedido principal ou primário. (3)

Sem embargo, cremos que a letra do citado art. 554º nº 1 abrange, claramente, outras situações.

Com efeito, perfilhamos das considerações tecidas, neste particular, no AC. da RP de 23.11.2006, nos termos do qual se escreve com clarividência o seguinte a respeito da interpretação do preceito em causa (na altura o art. 469º do CPC):

“ Na verdade, não se condiciona aí o conhecimento do pedido subsidiário ao caso de o pedido principal ser julgado improcedente; apenas se prescreve que aquele pedido é para ser considerado somente no caso de não proceder um pedido anterior.

Esta expressão – não proceder o pedido - pode ter significado idêntico aqueloutro de pedido julgado improcedente, mas não necessariamente. Tem um sentido mais amplo, abarcando outras hipóteses, diferentes do julgamento de mérito.

Alberto dos Reis afirmava que o pedido subsidiário é formulado para a hipótese de o tribunal não acolher o pedido principal.

De forma mais explícita, Rodrigues Bastos observa que se o pedido principal procede, não chega a conhecer-se do pedido subsidiário; se improcede, ou dele não se conhece, entra-se na apreciação do pedido subsidiário.

Também Abrantes Geraldês defende que a apreciação do pedido secundário ficará dependente da improcedência (ou de qualquer outra forma de extinção da instância) do pedido prioritário.”

Reafirma-se ser esta uma interpretação correta, nomeadamente se atendermos às razões teleológicas que estiveram na base da admissibilidade da formulação dos pedidos subsidiários, sendo certo que não é arredada pelo elemento literal.

Com efeito, sendo uma das vantagens da formulação dos pedidos subsidiários

a de não deixar precluir o direito de propor determinada ação sujeita a prazo e a de acautelar melhor o direito substantivo que o autor pretenda fazer valer colocando-o a coberto de exceções perentórias de caducidade ou de prescrição (ou dito de outra forma: mantendo-se um princípio de preclusão com respeito à formulação de pedidos processuais), então sempre se poderá e deverá conhecer de tais exceções, seja quanto ao pedido principal seja quanto ao pedido subsidiário.

Em verdade, mantendo-se um princípio de preclusão com respeito à formulação de pedidos processuais, a questão da caducidade do direito de ação deve preceder a apreciação de qualquer outra medida em que a eventual intempestividade (do direito) impede o início da lide ou sua discussão, neste particular, de qualquer questão jurídica, ainda que de conhecimento oficioso, e ainda que se trate de questão relativa ao pedido principal ou secundário.

Por tudo o exposto, entendemos que, no caso *sub judicio*, **o conhecimento da caducidade do direito de ação com referência ao pedido subsidiário e suscitada pelos RR na contestação poderia ocorrer conforme ressuma da decisão judicial *sub judicio* e antes da apreciação da procedência ou não do pedido principal, uma vez que se trata de questão que poderia sempre impedir a discussão jurídica do pedido respetivo.**

Já tivemos oportunidade de analisar que a tal não é obstáculo a incompatibilidade de pedidos (como ocorre no caso, em que um é a negação do outro), conforme é argumentado pelos recorrentes.

Igualmente não se diga, como sustentam os apelantes, que caso o pedido principal fosse julgado procedente ou parcialmente procedente, teríamos o conhecimento do pedido principal e do pedido subsidiário, o que redundaria num caso de pronúncia *ultra petitem* (4).

Com efeito, a apreciação da caducidade do direito de ação é considerada procedente por falta de cumprimento do ónus de depósito do preço no prazo legal a que alude o art. 1410º do CC determina a extinção do direito por caducidade.

Tal como acontece com o decurso do prazo de 6 meses previsto no mesmo art. 1410º, trata-se de um ónus que, a não ser observado pelo preferente, determinará a extinção do seu direito por caducidade. (5)

Ora, tratando-se do prazo para o exercício de um direito, como vimos, é um prazo de caducidade, consoante decorre do nº 2 do artigo 298º do CC.

Sendo prazo de natureza substantiva, rege-se pelas regras de contagem de prazos previstas nos artigos 279º e 296º e ss. do C.Civil.

Assim sendo, invocada a caducidade, o direito a ela sujeito não pode mais ser exercido, o que torna inútil a discussão sobre a sua existência anterior. A doutrina fala, neste particular, no facto preclusivo, a par da menção legal dos

factos impeditivos, modificativos e extintivos do efeito jurídico dos factos constitutivos da ação (cfr. Art. 576º,nº3 do CPC), referindo-se à “categoria de factos preclusivos, cujo efeito é o de precluir toda a indagação sobre a situação jurídica controvertida, dispensando averiguar a sua existência...é o caso... da caducidade... O facto preclusivo, quando dele resulte a inexistência do direito, constitui exceção perentória, semelhante ao facto extintivo” (6). Vale tudo por dizer que a apreciação da caducidade do direito de ação com referência ao pedido subsidiário e conhecida antes da apreciação de fundo do pedido principal, é uma decisão sobre uma *exceção perentória* que, nos termos dos artºs 576º nº 3 e 579º do CPC, consistindo na ocorrência de factos que impedem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor, nunca iria implicar com qualquer juízo de eventual procedência do pedido principal, por ter como consequência a absolvição do pedido respetivo. Nessa medida, não se verificaria nunca qualquer caso de excesso de pronúncia, conforme sustentado pelos recorrentes.

Em última análise, os AA assim o entendem pois tiveram a sensibilidade de chamar a atenção de que ao formularem aquele pedido subsidiário cumpriram o prazo de 6 meses previsto na lei, o que salientaram e é sintomático, mas para justificarem o não depósito nos 15 dias legalmente previstos já consideraram não ter de observar tal ónus/dever imposto por lei(!).

Diga-se ainda que a inclusão naquela categoria de exceção perentória tem importância, além do mais, na ordem lógica pela qual o juiz na sentença deve conhecer das exceções (cfr. Nº5 do art. 595 do CPC), conforme salienta Lebre de Freitas e Isabel Alexandre (in ob cit, p. 577).

Em verdade, aqueles insignes doutrinários alertam para a circunstância de na apreciação das exceções perentórias, o juiz deverá começar pelas que têm natureza preclusiva: a ocorrência por exemplo da caducidade dispensa a indagação sobre a existência do direito. Os mesmos autores (in ob. cit., p. 661) também referem a redação daquela disposição legal, no seu nº1, alb) e 2ª parte do nº3, qualificando a decisão sobre a exceção perentória, sem distinguir entre procedência e improcedência, como decisão de mérito e atribuindo-lhe o valor de sentença.

Por tudo o exposto, e ainda que na sentença haja pronúncia em relação ao pedido principal e o mesmo seja julgado procedente, tal decisão não colidirá com a decisão sobre a invocada exceção perentória do pedido subsidiário e apreciada no despacho saneador e a ser mantida, porquanto e ainda que o julgador optasse pelo seu conhecimento na sentença, sempre seria apreciada antes de qualquer outra questão e teria sempre o mesmo desfecho (absolvição do pedido), pelo que nunca se verificaria qualquer caso de excesso de pronúncia, conforme sustentado pelos recorrentes.

Reafirma-se que o facto preclusivo atinente à caducidade do direito de ação e referido seja ao pedido principal seja ao pedido subsidiário poderá ser apreciado numa ordem lógica de precedência de conhecimento, e até deverá ser assim apreciado, por uma questão de economia processual, e pelas razões que estão subjacentes à admissibilidade dos pedidos subsidiários e supra referidas, porquanto o efeito é o de precluir toda a indagação da situação controvertida, dispensando averiguar a sua existência.

Vale tudo por dizer que a decisão judicial *sub judicio* é correta quando conheceu, no despacho saneador, a caducidade do direito de ação de preferência, por os AA não terem depositado o preço devido e aludido no art. 1410º do CC e no prazo legal ali previsto, independentemente de o pedido ter sido formulado de forma principal ou apenas para o caso de aquele improceder.

E não se diga que, conforme sustentam os recorrentes, o direito de preferência só nasce com a verificação da predita servidão e não antes, pelo que só depois de verificada a existência da servidão é que a ação se configuraria como de preferência.

Com efeito, e como já analisámos, a ocorrência da caducidade como ocorre no caso vertente, tem como efeito o de precluir toda a indagação sobre a situação jurídica controvertida, dispensando averiguar a sua existência.

Assim sendo, e como já nos pronunciámos em acórdão recente (Ac da RG de 23-04-2020) “o prazo de 15 dias para o depósito do preço aludido no art. 1410º do CC é um prazo substantivo e de caducidade e como tal não suspende nem se interrompe senão nos casos determinados na lei (art. 328º do CC), um prazo que mede a própria duração do direito, e em que está em causa o mero facto objetivo do decurso do tempo (não cabendo analisar as circunstâncias subjetivas de quem deve realizar tais atos)”, um prazo que não pode ser alargado, como os recorrentes pretendiam e pretendem, em violação da lei e com o argumento de que primeiro tem de ser declarada constituída a servidão para depois se concluir pela preferência e após é que se deveria depositar o preço.

Estas considerações valem para o caso de estarmos perante o exercício do direito de preferência enquanto pedido principal ou subsidiário.

Reafirmamos que outra interpretação do disposto no artigo 1410 nº 1 CC que não seja a de que a norma exige exclusivamente o depósito do preço devido não poderá ser sustentada na medida em que destituída de qualquer suporte literal, o que é reforçado pela circunstancia de a procedência da acção de preferência ter como resultado a substituição com eficácia *ex tunc* do adquirente pelo preferente (Pires de Lima e Antunes Varela, CC Anotado, pag.

339) situação que implica que o preço tem de estar inequivocamente garantido, sem necessidade de ulteriores diligências para a efectivação de uma qualquer garantia.

Assim sendo e não tendo depositado o preço conforme dispõe ao rt. 1410º do CC e tendo a exceção sido deduzida atempadamente pelos RR, a consequência seria sempre a inevitável extinção do direito de preferência por caducidade.

Os recorrentes argumentam que tal entendimento é excessivamente penalizador e peca por fazer prevalecer a justiça formal sobre a material. Sem embargo, não se vislumbra muito bem esta visão dos AA, quando a decisão acima plasmada não deixa de ser, como vimos, uma decisão de mérito e não processual ou formal.

Com efeito, e como foi analisado por nós recentemente no citado acórdão desta Relação de Guimarães“ o prazo de 15 dias, embora respeite a um ato que se integra no encadeamento daqueles que constituem o processo- o depósito-, não é de natureza processual, mas sim de natureza substantiva.

“ São constitutivos do direito de preferência consagrado no art. 1410º, o pedido de reconhecimento desse direito, no prazo de 6 meses, a contar da data do conhecimento dos elementos essenciais da alienação e o depósito do preço, nos quinze dias seguintes à propositura da ação... o requerimento e o depósito são condições do direito de preferir...respeitam aos próprios interesses materiais ou substantivos, que são da alçada da lei civil e a inobservância de qualquer dos prazos- para requerer o seu exercício ou para efetuar o depósito- fazem-no precluir, são prazos de caducidade” (7).

Por tudo o exposto, não se trata de qualquer justiça formal a prevalecer sobre uma justiça material.

Mutatis mutandis dir-se-á a respeito da propalada **inconstitucionalidade do entendimento aqui defendido por violação do art. 18º,nº2 da CRP.**

Em verdade, os recorrentes fundam tal inconstitucionalidade em primeiro lugar desenhando o problema como se se tratasse de uma medida processual restritiva de direitos fundamentais e que, segundo aduzem, deverá obedecer aos requisitos do princípio da proporcionalidade: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tudo para concluir que a concessão de um derradeiro e último prazo (na fase do despacho saneador) para que os AA procedam ao depósito do preço continua a permitir a realização dos fins pretendidos pelo legislador.

Para o efeito invocam aqueles conceitos (idoneidade, necessidade e proporcionalidade) literalmente como estão descritos no Ac do STJ de 31.03.2011 (contudo sem nunca invocar ou enunciar tal aresto), acórdão este

que se debruça sobre problemáticas penais (juízo de extradição e o princípio da proporcionalidade).

Igualmente referem, a propósito daquela sua tese, jurisprudência do TC, donde ressuma a análise de várias questões referentes a incumprimentos de ónus processuais e violação do art. 20º, nº4 da CRP (processo equitativo).

Sem embargo, e ainda assim, dir-se-á que pese a opinião dos recorrentes, não resulta do regime do direito legal de preferência, mais precisamente de *preempção*, nos termos acima expostos, violação dos princípios invocados nas conclusões de recurso.

Prima facie, como se sabe, o direito legal de preferência afeta significativamente o poder de disposição que integra o direito de propriedade, já que retira ao proprietário o direito de escolha do outro contraente. A sua criação resulta, portanto, da verificação da existência de razões de interesse público que se sobrepõem a essa liberdade de escolha, enquanto integrante dos poderes do proprietário, e a lei reserva-o também apenas para as situações que ela própria considera exigirem a servidão, com a conseqüente sobreposição de direitos reais, por isso, o restringindo, como se retira do nº 1 do art.º 1555º do Cód. Civil, às servidões legais, ou seja, as que são suscetíveis de se impor coativamente.

Por outro lado, a conformação do direito em causa (aliada ao facto de ser uma das condições do direito de preferir o depósito do preço no prazo de 15 dias após a interposição da ação de preferência) visa a *concordância prática* dos vários valores e interesses, sociais e económicos, coenvolvidos e, considerado o restrito grau de compressão que poderá afetar o exercício do direito de alienação do imóvel, a solução legal não se revela, nem desproporcionada, nem desrazoável.

Acresce que mesmo para alguma doutrina (por todos Almeida Costa “O depósito do preço em acção de preferência” - RLJ, ano 129, pagina 194) que apesar de considerar que a obrigação de depósito do preço pode constituir um obstáculo grave ao exercício do direito do preferente, entende, no entanto, que seja a substituição daquela obrigação por prestação de caução idónea ou conforme requerido pelos recorrentes (depósito nos 10 ou 15 dias posteriores ao trânsito da decisão final) não mais pode constituir que uma solução mais razoável mas apenas e tão somente *de jure constituendo*. (8)

Aliás, os recorrentes assim o entendem quando enquadram a solução por si propugnada à luz das várias soluções plausíveis, tentando convencer que a partir daí e sendo uma das interpretações possíveis, então o tribunal deveria considerar a mesma, quando esquecem que a sua pretensão, outrossim, a ser concedida, consubstanciaria uma verdadeira violação da lei.

Destarte, cumpre reafirmar que a norma do art. 1410º do CC (conjugada com o art. 1555º do CC e 554º do CPC), na interpretação adotada na decisão recorrida e nesta decisão de recurso, não viola quaisquer princípios constitucionais, mormente os assinalados pelos recorrentes.

Por tudo o exposto, os recorrentes não têm razão em qualquer uma das suas pretensões recursórias.

*

*

*

V. Decisão.

Por tudo o exposto, acordam as Juízes que constituem esta 1ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Guimarães, em julgar improcedente a apelação, confirmando-se a decisão recorrida.

Custas pelos AA/recorrentes.

*

*

*

*

Guimarães, 04 de junho de 2020

Assinado electronicamente por:

Anizabel Sousa Pereira

Rosália Cunha e

Lígia Venade

1. In “Direito Processual Civil”, Vol II, p. 395, 1987

2. cfr. A. dos Reis Comentário, 3º,p.136 e ss. e CPC Anotado, 1º, p. 373, Anselmo de Castro in Direito Processual Civil Declaratório, 1º, p. 160; Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, in CPC Anotado, 2º, p. 501 e ssgs e Remédio Marques, Ação Declarativa à Luz do Código Revisto, 2007, p.277, nota 1; Acs. do STJ de 10.07.2008, p. 08A1939 e de 23.09.2008, p. 08A2409, in dgsi.pt.

3. Vide neste sentido, AC. RP de 13.03.2003, relator: João Vaz; Ac RP de 18.03.1993, relator: Sampaio da Nóvoa, ambos colhidos in dgsi.pt.

4. A apreciação realizada no Ac da RL de 23.06.2009 respeita claramente a uma nulidade da sentença por excesso de pronúncia, contudo diferente do caso vertente.

- 5.** Neste sentido, cfr. Pires de Lima e A. Varela, CC Anotado, Vol. III, p. 373, Oliveira Ascensão, ob cit, p. 168; na jurisprudência, vide AC STJ de 17.07.1980, BMJ 299, p. 331, AC da RP de 07-12-2010 e AC da RG de 24-05-2018
- 6.** In CPC Anotado de Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, vol 2º, p. 577, 4ª ed.
- 7.** In Carvalho Fernandes, “ Preferência”, p. 66, ed 2001. No mesmo sentido, chamando-lhe “ônus” (e não deveres), pois a não adoção desses comportamentos por parte do preferente não o constitui em responsabilidade mas tem como consequência uma desvantagem: a perda do direito, vide “ O exercício do direito de preferência” de Agostinho Cardoso Guedes, p. 639, citando Oliveira Ascensão, “ O depósito do preço..., p. 195).
- 8.** Vide neste sentido, “ O exercício do direito de preferência” de Agostinho Cardoso Guedes, p. 665, o qual entende que a ação de preferência mais não é do que a execução específica do dever de contratar a cargo do sujeito passivo da preferência.