

NATUREZA JURIDICA DO DIREITO DO ARRENDATARIO

Pelo DR. JOSÉ DE ALBUQUERQUE
DE ALMEIDA RIBEIRO

Introdução

- I — Posição do problema.
- II — Razão de ordem.
- III — Bibliografia.

I PARTE

Capítulo I — Noções Gerais

- 1) — Noção e definição do arrendamento.
- 2) — Análise resumida da sua evolução até os nossos dias.
- 3) — Importância prática do problema.

II PARTE

Capítulo I — A Doutrina

- 4) — Confronto entre direito real e direito de crédito.
- 5) — O direito de sequela — Característica fundamental dos direitos reais.
- 6) — Doutrina clássica do arrendamento como direito de crédito — Crítica.

Capítulo II — A Jurisprudência

- 7) — Casos conhecidos sobre a natureza jurídica do direito de arrendamento.
- 8) — Conclusões a tirar da análise dos casos citados.

Capítulo III — Opinião defendida e solução proposta

- 9) — Opinião defendida e solução proposta.
- 10) — Considerações finais.

Introdução

A questão da natureza jurídica do arrendamento só começou a ter relativa acuidade entre nós, após a publicação do Código Civil, que na Parte II, Livro II, Título II, ao tratar dos contratos em particular, se refere no Capítulo X ao contrato de Locação, abrangendo nesta expressão o arrendamento e aluguer consoante verse sobre coisa móvel ou sobre coisa imóvel, segundo o art.º 1.596.º do mesmo Código.

Muito cedo se começou a desenvolver a ideia de que as disposições do Código, no tocante a esta matéria, e muitas outras, aliás, já não correspondiam às realidades práticas da vida e aos anseios e solicitações sociais.

Surgiu assim o dec. 5.411, de 17 de Abril de 1919, que revogou no todo ou em grande parte as disposições do Código Civil, mas não conseguiu solucionar mais de um pequeno número das muitas questões que até então se levantaram.

Inúmeros foram os diplomas que posteriormente vieram alterar e completar o referido decreto e entre os quais se podem destacar os seguintes :

Lei n.º 1.662, de 4 de Setembro de 1924.

— Modifica em parte a legislação sobre inquilinato.

Decreto n.º 12.335, de 18 de Setembro de 1926.

— Contém várias disposições sobre arrendamentos de prédios rústicos.

Dec. n.º 15.289, de 30 de Março de 1928.

— Autoriza o aumento das rendas.

Dec. n.º 22.661, de 13 de Junho de 1933.

— Refere-se à prova dos arrendamentos dos prédios urbanos.

Dec.-lei n.º 27.235, de 23 de Novembro de 1936.

— Refere-se à prova dos arrendamentos comerciais ou industriais.

Seria ocioso demais citar todos os diplomas que sobre o delicado problema da Locação têm sido publicados, nem é esse o nosso fim.

Propomo-nos tão somente determinar-lhe a natureza jurídica, enquadrá-lo na classificação geral das relações de direito privado,

pois que grande tem sido a polémica à sua volta sem contudo se chegar a uma conclusão convincente.

No meio da imensa e contraditória legislação cada vez mais agravada pela chicana forense e pela inventiva fútil de senhorios e inquilinos empenhados em iludir a Lei e por uma jurisprudência indecisa, talvez se encontre a razão por que se tornou difícil e melindroso o trabalho da doutrina.

Quanto ao direito do senhorio sobre o prédio arrendado, nenhuma dúvida resta de que é um direito real. O senhorio, não obstante ter cedido o uso e fruição do prédio, mantém sobre ele um poder directo e immediato, podendo aliená-lo, etc.

Mas quanto aos direitos do arrendatário passar-se-á o mesmo? Dizem uns : o direito do arrendatário é um direito real, dizem outros, é um direito de crédito.

Posto assim o problema, vejamos a ordem pela qual nos propomos tratá-lo.

II — Razão de Ordem

Primeiramente procuraremos definir o seu conteúdo e conceito, servindo-nos para isso de sua evolução histórica e apreciaremos depois a sua importância prática.

Em seguida o nosso trabalho consistirá em averiguar se se trata de um direito real se dum direito de crédito, pois que sendo um direito patrimonial em alguma destas categorias tem de ser colocado.

Para isto é necessário determinar os conceitos de direito real e de direito de crédito e depois de devidamente individualizados confrontá-los com os caracteres específicos do arrendamento.

Por último, procuraremos averiguar se o arrendamento confere ao inquilino um direito real ou um direito de crédito.

III — Bibliografia

Na confecção deste trabalho, quase totalmente de natureza teórica, lemos ou consultamos principalmente as obras seguintes :

Pinto Loureiro	— Manual do Inquilinato
Pires de Lima	— Lições de Direito Civil
Cunha Gonçalves	— Trabalho de Direito Civil

Joaquim Crisóstomo	— Inquilinato Civil e Comercial nos seus aspectos jurídicos
José Tavares	— Princípios fundamentais de Direito Civil
Troplong	— Droit Civil Expliqué
Rigaud	— Droit Rèel
Demogne	— Notions fondamentales du droit privé
Pinto Coelho (Luís)	— Lições de Direitos Reais
Planiol	— Cours du Droit Civil Français
Luigi Abelo	— — Trattato della Locazione
Guilherme Moreira	— Instituições de Direito Civil
Pothier	— Traité du Contrat de Louage
Beudant	— Traité du Droit Civil
De Page	— Traité du Droit Civil
Lobão	— Dissertações

I PARTE

Capítulo I — Noções Gerais

1) — Noção e definição de Arrendamento

Segundo o art.º 1.º do dec. 5.411, dá-se o contrato de arrendamento, quando alguém transfere a outrem por certo tempo e mediante determinada retribuição, o uso e fruição de uma coisa imóvel.

No Código Civil, art.ºs 1.595.º e 1.596.º, a locação é o trespasse por certo tempo e mediante certa retribuição do uso e fruição de certa coisa, tomando a designação especial de arrendamento quando respeita a coisas imóveis; e de aluguer se respeita a coisas móveis.

Da conjugação entre os dois preceitos verifica-se que além da substituição do termo «trespasse» por «transfere» e da expressão «certa retribuição» pode dizer-se que nada mais se fez que definir directamente o contrato de arrendamento pela enunciação dos seus

elementos característicos, em vez de obter essa definição indirectamente, através do contrato de locação.

Parece-nos de aceitar a referida alteração por já de há muito a expressão *trespasse* estar consagrada na terminologia jurídica, significando a transferência não do uso e fruição dum prédio, mas a transferência dum estabelecimento comercial ou industrial com todos os elementos que lhe são inerentes.

A expressão *trespasse* tem pois um campo delimitado e preciso que não se compadece com o seu emprego numa disposição ampla e de carácter geral.

Um prédio arrendado única e exclusivamente para uso e habitação nunca poderá ser trespassado, mas apenas sublocado se o senhorio, é claro, não se opuser, pois que a sublocação não consentida é fundamento da acção de despejo.

Com efeito, qualquer destas figuras jurídicas tem um campo delimitado que se traduz num regime jurídico próprio, mas que não vamos examinar por sair do âmbito do nosso trabalho.

Em face da definição legal de arrendamento verifica-se que além da existência duma coisa imóvel, são necessários mais os dois seguintes elementos específicos:

1.º — Um prazo certo.

2.º — Uma retribuição certa.

O primeiro destes elementos leva-nos a excluir a existência de arrendamentos perpétuos ou de prazo indeterminado; o segundo a afirmar que o contrato de arrendamento é sempre oneroso.

2) — Análise resumida da sua evolução até os nossos dias

Desde que os homens se multiplicaram em proporção superior às coisas, diz Cunha Gonçalves, cedo começou a luta entre os que delas precisavam e os que delas eram proprietários e de que não queriam desfazer-se.

Para evitar lutas e meios violentos surgiu o contrato de locação bastante regulamentado pelos romanos e de que ainda restam vestígios na moderna legislação. Continuou porisso no nosso antigo

direito mas sob a designação de locação-condução, forma portuguesa da *locatio conductio* do direito romano.

Designou-se este contrato por esta expressão porque nos antigos mercados se obtinham escravos para a prestação de serviços, os quais apenas contratados eram logo conduzidos pelo locatário, que porisso se denominava condutor, assim no-lo explica Pinto Loureiro.

A *locatio conductio* referia-se de início apenas às coisas, mas mais tarde surgiram as modalidades da *locatio operarum* e *operis*.

Com a evolução dos tempos estas duas modalidades foram-se esbatendo, dando origem ao que hoje se chama contrato de prestação de serviços.

Ao actual contrato de locação corresponde duma maneira geral a ancestral designação de *locatio conductio rei*.

3) — Importância prática do problema

O assunto sobre que nos propomos escrever, já o dizia Joaquim Crisóstomo, é dos que mais interessam aos profissionais do foro.

De todos os ramos de direito o que mais acentuadas alterações sofreu, desde a declaração da Grande Guerra até à actualidade, é sem dúvida o inquilinato de habitação e comercial e isto porque as condições de vida se modificaram muito, não só para os proprietários, mas ainda para aqueles, e esses são a maioria, que têm de servir-se de prédios alheios para a satisfação das suas necessidades e manutenção da família, base fundamental da sociedade.

Nesta luta de interesses antagónicos e por vezes mal intencionados, criou-se uma situação intolerável.

Clamam os proprietários que já é tempo de suprimir os preceitos que tornam o contrato de arrendamento de duração ilimitada, se ao arrendatário isso convier.

Clamam os inquilinos contra as exigências desabridas dos proprietários.

Para acalmar os ânimos estabeleceram-se vários remédios legais mas não curaram o mal.

A facilidade com que se legisla entre nós criou inúmeras disposições tendentes a solucionar os problemas, mas o resultado foi aumentar o seu número e dificuldade, dando a este contrato um estado

caótico que não se compadece com a importância revelada na quantidade de casos que surgem nos nossos tribunais.

Os estudiosos que queiram e necessitem habilitar-se a tratar qualquer questão da referida natureza não encontram um trabalho desenvolvido sobre a matéria, vendo-se na necessidade de percorrer folha a folha as nossas revistas jurídicas e Colecções de Acórdãos dos Tribunais Superiores.

II PARTE

Capítulo I — A Doutrina

4) — Confronto entre o direito real e o direito de crédito

O conceito clássico de direito real tem sido alvo dos mais contraditórios debates nos últimos tempos; os mais notáveis juristas removeram os velhos moldes em que assentava o conceito de direito real, e cada um de per si arrastou consigo outros, criando *escolas*.

E apesar do de direitos reais ser hoje geralmente aceite em termos semelhantes — direitos que recaem sobre coisas — a verdade é que não há unanimidade de vistas quanto aos elementos que juridicamente os caracterizam.

Não é de agora, mas dos tempos de Roma, que se fala em direitos reais, *jus in re* e *jus in re aliena*.

No entanto, foi o célebre civilista Savigny que lhes deu corpo com a conhecida sistematização das relações jurídicas de direito privado — Obrigações, Reais, Família e Sucessões.

Esta classificação, que assenta em bases mais científicas que qualquer outra, e que surgiu antes da publicação do Código Civil, não foi aceite pelo Visconde de Seabra, no sentido de reservar um capítulo aparte a cada uma delas, nomeadamente aos direitos reais, muito embora, é certo, nele estejam regulados.

Não estabeleceu uma distinção precisa entre direitos reais e direitos de crédito e porisso coube à doutrina essa tarefa, que deu de direito real as noções diferentes que resumidamente exporemos. Não aconteceu, porém, o mesmo em relação às obrigações.

A definição geralmente aceite — vínculo jurídico de carácter pessoal, patrimonial e autónomo, pelo qual uma pessoa, chamada devedor, fica adstrita para com outra, chamada credor, ao cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa — podemos dizer, é substancialmente a dada por Paulo nas «*Institutas*» — «*Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimus alicuius solvendi rei secundum nostra civitatis jure*».

Como vemos, ainda hoje fundamentalmente a construção é a mesma de há séculos.

Não foi tão feliz a concepção de direito real que, como dissemos, tem sido alvo de ataques e críticas contundentes, dando motivo ao aparecimento de inúmeras teorias que agrupamos num conjunto, a saber :

- a) — Teoria de Ziebarth.
- b) — Teoria clássica (ou de poder imediato).
- c) — Teoria moderna (ou de poder absoluto).

Para Ziebarth os direitos reais são direitos subjectivos que atribuem ao titular o poder ou a faculdade de, mediante a coacção ou mediante a execução real, lançar mão da coisa, objecto do direito.

Não fez grande carreira esta teoria por se ter servido dum elemento — execução — que não constitui o conteúdo normal do direito, mas apenas uma fase de recurso do próprio direito.

Para a teoria clássica, que foi a primeira a surgir e durante muito tempo a dominante, é direito real aquele pelo qual se estabelece uma relação directa e imediata entre uma pessoa e uma coisa.

Não vamos detalhadamente analisar todas as críticas que a esta doutrina se moveram ; diremos apenas que se reconheceu a impossibilidade de se estabelecer uma relação jurídica entre pessoas e coisas, pois que servindo o direito para tutelar as relações sociais e dando-se estas apenas entre pessoas, não se pode falar verdadeiramente duma relação directa entre a pessoa e a coisa, entre sujeito e objecto.

Foi Windsheid o primeiro, depois seguido por Planiol no seu «*Cours de Droit Civil Français*», a levantar-lhe esta objecção, que parece de grande valia mas que no fundo não passa duma deficiente interpretação da definição clássica.

Com efeito, não desconheciam os clássicos que uma relação social

tutelada pelo direito só pode existir entre pessoas ; simplesmente se serviram duma expressão tendente a precisar duma maneira incisiva a forma como se exerce o direito.

Já os clássicos diziam : sabemos perfeitamente que toda a relação jurídica é uma relação entre pessoas e quando dizemos que o direito real é o poder directo e immediato sobre a coisa, já estamos a indicar nesta frase a exclusão de todos os outros, e seu dever de se não imiscuirem na esfera de acção do titular do direito.

Existe o poder sobre a coisa mas como consequência da faculdade que tem o titular do direito de excluir todas as outras pessoas.

Vejam, porém, o que nos diz a teoria moderna.

Para esta teoria, também chamada personalista, porque faz corresponder ao direito real uma obrigação de todos os indivíduos, opondo-o a todos, e dá ao titular do direito real poderes sobre as pessoas, o direito real é uma relação que se estabelece entre o titular do direito e todos os outros que não são titulares.

Quando se cria um direito real surge logo a obrigação universal de o respeitar.

É esta a parte construtiva da doutrina.

Não concordamos com a parte destrutiva da clássica noção de direito real, nem concordamos por uma questão de lógica e de princípios com a segunda parte.

Na verdade, dizer-se que a obrigação que sobre todos impende de respeitar o direito do seu titular, caracteriza uma determinada relação jurídica, é desconhecer que essa mesma obrigação é insita em todos os direitos, porque todos eles nascem da norma jurídica e, portanto, a todos deve corresponder uma obrigação ; o contrário seria a negação da própria norma que os criou.

Ao caracterizar um determinado grupo de relações jurídicas, só podemos servir-nos de elementos que sejam próprios e exclusivos dessas mesmas relações, sob pena de deixarem de ser característicos.

Já Demogue tinha observado que a obrigação passiva universal existia tanto nos direitos reais como nos direitos de crédito e deste modo tão absolutos eram uns como outros.

Demais essa obrigação passiva universal não é uma obrigação, no sentido técnico-jurídico, pois que não lhe corresponde um valor económico ou patrimonial avaliável em dinheiro, nem figura no património dos indivíduos como um elemento passivo.

Levando esta doutrina ao extremo das suas consequências, acabaríamos por concluir que os direitos da personalidade — direito à vida, direito à honra, direito à imagem —, não se distinguem dos restantes direitos.

Posto isto, parece momento próprio para expormos o que pensamos acerca do assunto :

De todas as doutrinas expostas a que mais nos satisfaz, por andar mais perto da verdade, é sem dúvida a doutrina clássica.

Só olhou, é certo, o lado interno do direito real, tendo em vista apenas as relações objectivas do titular do direito com a coisa, isto é, a possibilidade de tirar dela todas as utilidades que pode produzir.

Porisso a doutrina clássica, sendo verdadeira, não conseguiu responder cabalmente, por ser incompleta, à objecção dos personalistas : se uma relação jurídica é uma relação entre pessoas, como admitir uma relação entre uma pessoa e uma coisa destituída de vontade ?

Foi Bekker o primeiro a observar que o direito real apresenta ao mesmo tempo um aspecto externo e interno.

É pelo seu aspecto externo que nós podemos dizer que a coisa não está obrigada para com o titular do direito, mas apenas que este se serve dela com permissão tácita de todos os outros indivíduos que assim se obrigam para com o titular do direito.

Desta forma vemos provado como o direito real é uma relação jurídica com todos os seus elementos — sujeitos, objectos, facto jurídico e garantia — e em que o sujeito activo exerce um poder directo e immediato sobre a coisa.

Em suma, para os clássicos, os elementos constitutivos do direito real são :

- 1) — Uma pessoa titular do direito.
- 2) — Uma coisa sobre a qual se exercem os poderes do sujeito de direito.

Conhecemos já a crítica que lhes moveu Planiol, por julgar que àquele direito assim formulado não correspondia uma obrigação.

É pela obrigação passiva universal que o direito real, dizia ele, se distingue do direito de crédito, ao qual corresponde uma obrigação não de todos, mas de alguns indivíduos.

Demogue foi ainda mais longe, chegando mesmo a abandonar a distinção entre direitos reais e de crédito para concluir pela existência apenas de direitos de conteúdo fraco ou de conteúdo forte.

Pretender com os personalistas caracterizar o direito através da obrigação universal, é privarmo-nos de distinguir os direitos reais dos direitos de crédito, é ficarmos sem possibilidade de conhecer o conteúdo do direito real, os poderes e limitações que confere ou comporta.

Tal como o direito real, também o direito de crédito é patrimonial; mas isso não significa que entre eles não haja profundas diferenças.

Salvo o devido respeito, caíram os personalistas no erro de abandonar precisamente aquilo que maior contribuição daria para a distinção entre os dois direitos patrimoniais, definição do seu conteúdo e caracterização dos seus elementos específicos.

Sem dúvida encontram-se por vezes dificuldades grandes para distinguir os direitos reais dos direitos de crédito, o que já não sucede com os direitos de família, que apenas regulam as relações de cônjuges, parentes e afins; nem com os direitos sucessórios, que só existem por morte de uma pessoa.

Quando se pretende fazer a comparação entre duas figuras jurídicas, diz o Dr. Luís Pinto Coelho, deve fazer-se a comparação dos conceitos e não a comparação de figuras isoladas.

Não se deve ir comparar um determinado direito real com um determinado direito de crédito, ou mais de um dos direitos de crédito; há que comparar o conceito abstracto de direito real com o conceito abstracto de direito de crédito, isto é, a noção que se pode deduzir das várias figuras de direito de crédito».

Analisando os dois conceitos, verifica-se que não há identidade completa entre eles, bem pelo contrário, há uma profunda diferença técnica, reflexo duma diferença de função social; o direito de crédito confere direitos particulares contra aqueles que usualmente são chamados devedores; eles devem pessoalmente pagar, agir, são responsáveis se o não fizerem; pelo contrário, nos direitos reais não se encontram estas pessoas mais directamente vinculadas.

Não podemos chamar objecto de direito real, como se nos afigura ser opinião dos personalistas, à tal obrigação passiva universal; o direito real tem por objecto uma coisa; o direito de crédito tem por objecto uma prestação pessoal.

No direito real há uma relação directa com uma coisa, sendo os restantes indivíduos estranhos ao titular do direito, sujeitos passivos dessa relação jurídica; no direito de crédito há uma relação directa

com outra pessoa e que em certos casos pode levar à atribuição de direitos sobre uma coisa.

É muito diferente a situação em que se encontra o devedor numa relação de crédito, daquela em que se encontram todas as outras pessoas — não perturbar o exercício do direito real.

Duma e doutra das relações jurídicas resultam direitos subjectivos ; porisso mesmo que são direitos, são juridicamente protegidos contra toda e qualquer violação.

Dizer-se que, no direito real, esta violação pode surgir de qualquer pessoa, portanto daquelas mesmas pessoas que se encontram num dos lados da relação jurídica de direito real, e por outro lado que essa mesma violação só pode surgir daqueles que ao respectivo direito se encontram adstritos, é uma forma simulada de encarar o problema.

Essa tal obrigação impende sobre todos que constituem a sociedade e da mesma forma seja qual for o direito ; simplesmente o que se verifica é que no caso de direito real a violação dessa abstenção não tem quadros fixos, ao passo que no direito de crédito essa violação só pode recair sobre a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, isto é, sobre aquilo a que directamente os sujeitos se obrigaram.

Há a sua diferença, diferença que se explica até pelo fim social que se teve em vista proteger.

Num caso o seu fim é proteger, dentro de variados limites conforme a espécie de relação que se considera — propriedade, usufruto, servidão — a liberdade de agir do titular do direito ; noutro caso o fim que se teve em vista foi o constrangimento do devedor ou devedores à prestação a que directamente se obrigaram.

Diz o Dr. Luís Pinto Coelho : «podemos pois chegar à conclusão que os direitos reais e os direitos de crédito são realidades da vida social, económica e portanto jurídica, e são realidades irreductíveis à unidade porque as suas funções são diversas.

Umam tendem a assegurar o jogo constituído ou adquirido, digamos assim ; outras tendem a assegurar as possibilidades de jogo.

Daqui resulta que os direitos de crédito são normalmente destinados à criação, modificação ou extinção dos direitos reais, havendo entre estas duas figuras jurídicas uma relação de meio para fim».

O caminho seguido é diferente mas a conclusão é igual.

Da relação jurídica do direito real surge um poder que se exerce sobre uma coisa e para o exercício do qual não é necessária senão a intervenção dum sujeito — por exemplo, no direito de propriedade, o proprietário; da relação jurídica de direito de crédito surge o direito a uma prestação e para o exercício dele há necessidade da intervenção de dois sujeitos — activo: credor; passivo: devedor.

Cremos ter feito com alguma clareza o confronto entre o direito real e o direito de crédito e desta exposição cremos poder deduzir, e é isso que nos interessa, uma particularidade notável dos direitos reais — o direito de sequela.

5) — O direito de sequela — característica fundamental dos direitos reais

Como corolário fundamental da nossa noção de direito real resulta o direito de sequela, ou seja o poder que o titular do direito tem de acompanhar a coisa, esteja ela onde estiver.

Alguns autores, e julgamos mesmo que a totalidade, se têm empenhado em afirmar que nalguns actos jurídicos em que a lei exige registo sob pena de não produzirem efeito em relação a terceiros — é o que sucede em todos os casos enumerados no art.º 949.º do Código Civil — o titular do direito real não goza do direito de sequela enquanto os mesmos actos não forem registados.

Navegando nas mesmas águas mas condescendendo um pouco, afirmam outros que esses casos são meros desvios ao princípio geral e que apenas se justificam por razões de ordem prática.

Ora, salvo o devido respeito, não estamos de acordo nem com uns nem com outros.

Um direito subjectivo só existe quando o direito objectivo que a ele se sobrepõe o cria e tutela; fora disso há uma expectativa, há um anseio, mas não há direito subjectivo, porque não há um interesse juridicamente protegido.

O direito só existe depois de a lei o regular e tutelar.

Para que um direito se possa considerar como tal aos olhos da lei, é necessário que contenha em si todos os elementos que o definem.

Dentro da posição tomada, não compreendemos como possa haver um direito real se não corresponder em todos os elementos específicos àquilo que a lei exige para que um direito se possa considerar como tal.

Com efeito, se um acto jurídico necessita de registo para produzir efeitos em relação a terceiros, mas esse registo não se fez, dificilmente se poderá dizer que o direito que desse acto resulta é real.

Na verdade, quando há direito real há a possibilidade de opor esse direito não a certas e determinadas pessoas, mas a todos indistintamente.

Ora na hipoteca sem registo não há esta possibilidade.

Mas poderá dizer-se: se um crédito foi garantido por hipoteca sobre um prédio e o credor hipotecário a não registou, nem por isso deixa de ser hipoteca, isto é, nem por isso perde a natureza de direito real.

Não a perde de facto, mas apenas, dizemos nós, porque a não chegou a adquirir.

Não se pode perder o que não se possui.

A hipoteca só é direito real de garantia quando for registada, porque só então o seu titular poderá seguir a coisa onde quer que se encontre e só então será oponível a todos.

Enquanto o registo não se verificar a hipoteca será irrelevante.

Pode argumentar-se ainda que o registo serve apenas para estabelecer a preferência entre os credores hipotecários, e isto com base no art.º 888.º do Código Civil que diz: «hipoteca é o direito concedido a certos credores de serem pagos pelo valor de certos bens imobiliários do devedor, e com preferência a outros credores, achando-se os seus créditos devidamente registados».

Daqui se tem concluído que o registo apenas confere preferência no pagamento do crédito, mas essa conclusão em nada destrói a nossa afirmação, pois que dizer-se isto o mesmo é dizer-se que só aos credores com hipoteca registada é conferido um direito sobre as coisas com exclusão dos restantes.

Se os direitos dos diversos credores hipotecários, com registo ou sem ele, fossem idênticos, não haveria que falar em preferência, porque eles tinham direitos iguais; haveria apenas que os sujeitar, sem distinção de existência ou não existência do registo, à prioridade conferida pela data da constituição da hipoteca.

Note-se, porém, que com isto não afirmamos que o registo seja um elemento constitutivo dum direito real, o que queremos significar é que o legislador por razões de carácter especial só quis dar à hipoteca a natureza real depois de devidamente registada.

De resto, o nosso legislador quando fala em hipoteca parte sempre do princípio de que foi registada; outra conclusão não podemos tirar das disposições do Código Civil, mormente do art.º 892.º: a hipoteca onera os bens em que recai e sujeita-os directa e imediatamente ao cumprimento das obrigações a que serve de segurança, *seja quem for o possuidor dos mesmos bens*.

Por estas razões, não negamos dum modo absoluto a natureza real da hipoteca porque não confere utilidades de gozo, como pretendem Cunha Gonçalves e Carnelluti, nem afirmamos do mesmo modo que seja sempre um direito real, mas só quando for registada, porque só então atribui o direito de sequela e a todos poderá opor-se.

Mas então quando há direito de sequela há direito real? Isto é, será o direito de sequela exclusivo dos direitos reais?

Tem-se entendido que não, invocando-se por exemplo os títulos de crédito.

Aqui, diz-se, um dos princípios fundamentais é a encorporação do crédito no título e, portanto, onde estiver a coisa, neste caso o título, está o direito.

Na verdade, o direito segue a coisa, mas em vez de ser um direito fixo, preso ao seu titular como nos direitos reais, que acompanha a coisa em todas as suas deslocações, aqui não, o direito é móvel, isto é, cada possuidor fica desde logo proprietário, é a coisa que determina o sujeito.

Por outro lado, para negar o exclusivismo do direito de sequela aos direitos reais, tem-se dito que o sujeito activo duma relação de crédito também tem um direito imediato sobre o património do devedor, pois pode fazer executá-lo no caso de o devedor não cumprir.

Também não é difícil ver onde está o sofisma da questão.

Afirmá-lo é confundir entre o objecto do direito e a sua garantia.

Nos direitos de crédito, o que existe, pois, é a responsabilidade do devedor perante o credor, responsabilidade que se traduz na possibilidade de o credor poder fazer-se pagar pelo valor do património do devedor, mas não porque o credor tenha sobre ele um poder

directo e immediato e apenas porque se entende que o património do devedor é a garantia comum dos credores.

Em resumo: o direito de sequela não existe nos direitos de crédito e só existe nos direitos reais.

Posto isto, vejamos agora se pelas suas características o arrendamento se pode enquadrar ou não nos direitos reais.

6) — Doutrina clássica do arrendamento como direito de crédito — Crítica

Não é de hoje a doutrina do direito do arrendatário como direito de crédito; vem já do antigo Direito Romano, em que o proprietário da coisa podia expulsar o arrendatário, precisamente porque o arrendamento dava apenas lugar a um direito pessoal.

O arrendamento era para o adquirente uma *res inter alios acta*, com que não tinha de se ocupar.

O arrendatário, neste caso, nada mais tinha que sujeitar-se às determinações do proprietário, restando-lhe apenas a faculdade de pedir contas pelo facto que tinha determinado a sua expulsão.

No caso, porém, de o senhorio (permita-se-nos já a designação) vender a coisa, era obrigado a deixar que o arrendatário continuasse a usá-la, e o adquirente a consentir nessa permissão.

Quer dizer, enquanto o senhorio não vendia a coisa o seu direito de crédito mantinha-se íntegro e porisso podia desobrigar-se perante o inquilino logo que entendesse e desejasse, mas se se desfazia do seu direito sobre o prédio não podia tomar tal atitude.

Daqui resultou uma situação ambígua que mais tarde veio a ser secundada com a chamada cláusula da manutenção do arrendamento no acto da venda.

Esta cláusula, que surgiu para protecção do senhorio, veio sem dúvida beneficiar, pelo menos indirectamente, a situação do inquilino (1).

Adivinha-se já aqui, pelo menos neste caso restrito, o direito de sequela, muito embora o Direito Romano nas suas linhas gerais não

(1) De Page — Tratado de Direito Civil Belga.

reconhecesse esta regalia ao arrendatário por força da famosa lei «*Emptorum quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus loravit*»; com fundamento nesta Lei não se admitia que o sucessor a título singular ficasse sujeito às obrigações do transmittente, porisso que o direito do arrendatário era um direito pessoal.

Esta mesma orientação foi seguida pelas Ordenações no Livro IV, Título IX, que diz: «se algum homem vender uma casa ou herdade ou qualquer outra coisa de raiz, a qual no tempo da venda, tinha já arrendado ou alugado a outrem, não é o comprador obrigado a manter o contrato de aluguer ou arrendamento ao dito rendeiro ou alugador, mas pode-lo-á demandar e contranger que lhe deixe a dita coisa sem embargo do aluguer ou arrendamento, que lhe foi feito».

Seguem-se as excepções a este princípio que para o caso não importam.

Continuou ainda durante muito tempo a ser considerada intangível esta doutrina, se bem que já os nossos praxistas tivessem notado, em relação aos prédios rústicos, que tal orientação não permitia o necessário desenvolvimento da lavoura.

Quando um indivíduo toma um prédio de arrendamento sem receio de facilmente ser dele retirado, só terão a lucrar ele e a sociedade, porque com o seu carinho e desejo de tirar dele tudo que pode produzir, mais valorizará o dito prédio e melhores condições de vida se assegura; caso contrário nada disto sucederá (1).

Na mesma orientação, embora com certa reserva, seguiu o Código de Napoleão, que no seu art.º 1.743.º obrigava o comprador a manter, até ao fim dos respectivos prazos, os arrendamentos celebrados por título autêntico ou cuja data é certa, salvo havendo reserva expressa em contrário.

Porém, um dos primeiros, senão o primeiro a insurgir-se deliberadamente contra a corrente até aí dominante, foi Tropolog, no seu Tratado de Direito Civil Explicado (2).

Para ele, o direito do arrendatário é um verdadeiro direito real, pelo menos a partir do Código Civil Francês.

De então até nossos dias a questão adquire um vulto maior pela importância das consequências que dela resultam.

(1) Lobão — Dissertações.

(2) De l'Échange — pág. 57 e segs. do vol. I.

Muito se tem pensado e resolvido sobre o assunto, mas, e isso é que é de lamentar, pouco ou nada se tem escrito.

Através do nosso direito positivo não é muito fácil tirar-se uma conclusão liberta de qualquer ataque, porquanto em toda a sua extensão encontramos normas que podem levar à conclusão de que o direito do arrendatário é um direito de crédito, v. g., o número 4 do art.º 15.º do dec. 5.411 que, referindo-se às obrigações do senhorio, diz: O senhorio é obrigado :

1.º —

2.º —

3.º —

4.º — A assegurar o uso do prédio arrendado contra os embaraços e turbações provenientes do direito que algum terceiro tenha com relação ao prédio, mas não contra os embaraços e turbações nascidas de mero facto de terceiro».

Isto é, o arrendatário não pode defender a coisa sobre que o direito recai.

E assim diz-se: se ele fosse titular dum direito real, não podia negar-se-lhe legitimidade para defender a coisa sobre que o seu direito recai.

Por outro lado, diz-se com fundamento em outros artigos que o direito do arrendatário é um direito real, e por último há quem sustente que o contrato de arrendamento cria para o arrendatário um direito que contém ao mesmo tempo características de direito de crédito e de direito real, isto com fundamento no art.º 1.º do dec. 5.411.

Por acharmos bastante claro o que a este respeito escreve Pinto Loureiro, reproduzamos as suas palavras: «Analisando o art.º 1.º do citado decreto verifica-se que por um lado se forma um vínculo pessoal entre senhorio e arrendatário, em virtude do qual o dono da coisa se compromete a deixá-la gozar ao arrendatário, o que lhe empresta toda a aparência de direito de crédito; por outro lado cria-se um direito do arrendatário sobre o prédio, oponível contra terceiros e até contra o dono do prédio, isto é, um direito erga omnes, tomando porisso aspecto de direito real».

Não é de estranhar esta hesitação, pois já Ruggiero a admitia com fundamento na enfiteuse onde ao direito real do enfiteuta se junta a obrigação de pagar ao senhorio um foro ou canon.

Entre os dois tipos de direitos patrimoniais — reais e de crédito —

encontram-se várias figuras intermédias que não é fácil integrar na classificação germânica das relações jurídicas, visto que há direitos reais que não são puros, pois participam de caracteres das obrigações, nem há direitos puros de obrigação, porque há neles elementos de realidade.

Em suma, há opiniões para todos os paladares, mas aquela que mais aceitação parece ter obtido entre nós é a que considera o direito do arrendatário um direito de crédito.

Baseia-se em disposições mais ou menos vagas; e, sem perigo de nos anteciparmos, podemos desde já afirmar que essas disposições só podem fornecer tal conclusão aos que de ideias preconcebidas as vão interpretar.

Para contrariar a construção jurídica do direito do arrendatário como direito real, tem-se oposto o elemento histórico e o próprio texto da Lei.

Vejamos o argumento histórico:

O Código Civil Francês, profundamente romanista e fonte do nosso Código, considera o contrato de arrendamento um contrato pelo qual uma das partes se obriga a fazer gozar a outra uma coisa durante um certo tempo; nada mais é preciso para mostrar, diz-se, que o senhorio se encontra obrigado a uma prestação de *facere* e portanto só a isso o locatário tem direito.

O senhorio obriga-se a fazer gozar o uso e fruição da coisa e mais nada.

Nunca demos grande importância ao elemento histórico de interpretação e muito menos ainda quando ele, para o caso *sub judice*, não deve ser invocado, por não existir.

Pois então que relação existe entre o referido artigo e os art.^{os} 1.595 do Código Civil ou o art.^o 1.^o do dec. 5.411?

Emprega-se porventura neles a expressão *fazer gozar*, que se encontra no citado artigo do Código Civil Francês?

Evidentemente que não.

Qual seria então a razão desta omissão? Seria involuntária, seria propositada?

Não nos parece que num assunto de tanta importância e que uma celeuma enorme levantou, se possam acusar de menos conscienciosos os que na elaboração e discussão da lei intervieram.

Sempre consideramos a lei com vida própria independente da

vontade do legislador e isto porque não é fácil descobrir qual seria a vontade de todos e se entre todos haveria ou não ideias diferentes.

Porisso, admitindo mesmo que uma tal omissão seria possível, nem assim para o caso em questão poderíamos concluir do carácter obrigacional ou real do direito do arrendatário, porque os trabalhos preparatórios não nos revelam um elemento que possa conduzir a uma conclusão.

Demais, a nossa definição não só se afasta da francesa como ainda se aproxima bastante da definição de usufruto, art.º 2.197.º do Código Civil.

Aí se diz : usufruto é o direito de converter em utilidade própria o uso ou produto de coisa alheia.

E não andou mal avisado o nosso legislador em aproximar as duas definições, porquanto, pelo contrato de arrendamento, se constituiu o direito de uso e habitação, de natureza tão real como o usufruto.

Diz o art.º 2.254.º do Código Civil que o direito de uso consiste na faculdade concedida a alguma ou algumas pessoas de servir-se de certa coisa alheia, tão somente enquanto o exigirem as necessidades pessoais quotidianas; e acrescenta no parágrafo único que quando este direito se refere a casas de morada chama-se direito de habitação.

É evidente que a limitação «enquanto o exigirem as suas necessidades pessoais quotidianas», se refere apenas ao volume de poderes sobre a coisa e porisso não pode fazer mudar essencialmente a natureza do direito.

De resto, o art.º 2.189.º do Código Civil considera como propriedades imperfeitas, no seu n.º 4, não só o usufruto mas também o uso e habitação.

Pode parecer, porém, que o uso e habitação não é um direito real, porisso que não pode ser transmitido — art.º 2.258.º do Código Civil : o morador... não pode vender... o seu direito; enquanto que para o usufruto tal restrição não se põe — art.º 2.207.º — e portanto conclui-se que só este é direito real.

Já vimos que não é nem pode ser assim, e nisto perfilhamos inteiramente a opinião do Dr. Pinto Coelho, ao afirmar que estes preceitos não são imperativos.

Com efeito, relativamente ao usufruto há o preceito do art.º

2.201.º que diz: os direitos e as obrigações do usufrutuário serão regulados pelo título constitutivo do usufruto; na falta ou deficiência deste observar-se-ão as disposições seguintes; e relativamente ao uso e habitação diz o art.º 2.255.º que os direitos de uso e habitação constituem-se e extinguem-se pelos mesmos modos que o usufruto e são igualmente regulados pelo seu título constitutivo; na falta ou deficiência de título observar-se o seguinte.

Quer isto dizer que as disposições estabelecidas no Código quanto ao usufruto e quanto ao uso e habitação são de natureza supletiva e só se recorre a elas na falta de título constitutivo. Ora, sendo assim, pode o título constitutivo do usufruto proibir a transmissão do direito e pode o título constitutivo do uso e habitação permitir a sua transmissão.

Portanto, os direitos de uso e habitação, que pelo contrato de arrendamento se constituem, são direitos reais.

Mas que resulta do exposto?

Resulta que se no Código Francês há elementos que nos levam à conclusão, forçada ou não, da natureza pessoal do direito do arrendatário, já o mesmo não podemos dizer em relação ao nosso, porquanto a definição se aproxima bastante das definições dadas para os direitos reais no número 4 do art.º 2.189.º do Código Civil.

Vejamos, porém, agora, os argumentos extraídos do texto da lei, que pretendem mostrar e convencer que o arrendatário não é senão credor duma prestação de facere de parte do senhorio.

Diz o Doutor Pinto Loureiro a páginas 31 do seu Manual: sendo o objecto do contrato não a coisa em si mas o seu uso e fruição, por ele se não transfere qualquer partícula de domínio por mínima que seja e o arrendatário fica apenas constituído titular do direito a um facere por parte do senhorio, sendo porisso mesmo um direito de obrigação ou de crédito.

Toda a afirmação, excepto os axiomas, necessita de demonstração, sob pena de perder qualquer valor e eficácia que dela possa resultar.

Ora, precisamente, dizer-se sem mais nada que pelo arrendamento não se transfere a mínima parcela de domínio, é pouco, mesmo muito pouco.

Mas admitindo ainda que isso seria o suficiente não nos parece, porém, que corresponda à verdade.

Pois então não estão compreendidos nos amplos poderes de domínio os poderes ou direitos de fruição e transformação?

E terá porventura o senhorio alguns destes direitos se o arrendatário se opuser?

Basta uma ligeira análise da nossa legislação para se ver que não tem.

Porisso uma afirmação deste género em termos tão perentórios não pode colher e não colhe.

Mas diz mais a páginas 36: «se o direito do arrendatário fosse um direito real, dar de arrendamento, deixaria de ser um acto de administração para ser um acto de disposição».

Não vemos, porém, à face da nossa lei, como é que há-de ser forçosamente e sempre um acto de administração.

Com efeito, há casos em que parece ser um acto de administração, v. g., o caso do tutor dar de arrendamento enquanto durar a incapacidade do tutelado.

Tendo sido aquele criado com a intenção de se arranjar alguém que administre os bens do incapaz, e conferindo-lhe o Código, nos art.^{os} 263.^o, 265.^o, 266.^o e n.^o 6 do 243.^o, o poder de dar de arrendamento os imóveis do menor por tempo não excedente a três anos, parece à primeira vista que dar de arrendamento é um simples acto de administração.

Mas porque limitou a Lei ao máximo de três anos essa faculdade para o caso do arrendamento, e não pôs essa mesma limitação para todos os outros poderes conferidos ao tutor?

Se o menor tivesse apenas um ano de idade, parece que não haveria perigo algum em dar de arrendamento por vinte anos.

Mas tal não se fez, porque se entendeu ser o arrendamento um onus que recai sobre a coisa.

Se dar de arrendamento fosse sempre um acto de administração, não se compreenderia muito bem como é que o art.^o 9.^o do dec. 5411 proíbe ao administrador dos bens dotais dá-los de arrendamento.

Este mesmo artigo só concede essa faculdade com uma reserva: os administradores dos bens dotais e os usufrutuários ou fideicomissários não podem dar de arrendamento por tempo que exceda a sua administração, usufruto ou fideicomisso.

Se há casos em que dar de arrendamento constitui um acto de administração, outros há, porém, em que esse poder foge do âmbito

da simples administração e porisso mesmo, é este o ponto que desejamos frisar, não se pode afirmar duma maneira absoluta que a nossa lei o considere sempre um acto de administração.

Tudo depende das condições em que ele é feito e das circunstâncias que o rodeiam.

Com efeito, o marido é o administrador dos bens do casal, di-lo o art.º 1.117.º do Código Civil: o domínio e posse dos bens comuns está em ambos os cônjuges, enquanto subsiste o matrimónio; a administração, porém, dos bens do casal, sem excepção dos próprios da mulher, pertence ao marido.

O marido, portanto, para todos os actos referentes à administração, não necessita do consentimento ou outorga da mulher.

Esta só é necessária para aqueles actos que implicam alienação ou oneração de bens imobiliários, como se deduz do art.º 1.119.º do Código Civil: os bens imobiliários, quer sejam próprios de algum dos cônjuges, quer sejam comuns, não podem ser *alheados* ou *obrigados* por qualquer forma sem consentimento comum.

Quer dizer, quando por um acto de vontade se constitua um onus real, é necessário o consentimento de ambos os cônjuges.

Ora o Código Civil, na alínea e) do parágrafo 2.º do art.º 949.º, considera um onus real, e portanto sujeito a registo, o arrendamento feito por mais de um ano havendo adiantamento da renda ou por mais de quatro não o havendo.

O marido, portanto, apesar de administrador, só tem capacidade para arrendar imóveis comuns sem outorga da mulher quando o contrato tenha duração tal que não constitua onus real e não esteja sujeito a registo, por força do parágrafo 2.º do art.º 949.º do Código Civil.

Se o arrendamento fosse sempre um acto de administração, não se compreenderia esta limitação.

De resto, o art.º 10.º do dec. 5.411 afirma expressamente: o cônjuge administrador dos bens do casal pode sem outorga do outro cônjuge dar ou tomar de arrendamento *quando este não seja sujeito a registo*.

Como vemos, o tal princípio não é absoluto e porisso não concordamos com a categórica afirmação de Beudant, a páginas 415 do seu *Traité de Droit Civil*: o arrendamento é *sempre* um acto de

administração porque o simples facto de ser temporário faz excluir desde logo a ideia de disposição.

Sem dúvida o arrendamento é temporário em princípio; mas só em princípio, pois sabemos muito bem que tal princípio é, como permissão da lei, facilmente iludido em relação a prédios urbanos, visto que se permite que o respectivo contrato se renove constantemente e além disso que o direito do arrendatário se transmita aos herdeiros legitimários que com ele convivam há mais de 6 meses.

A própria confusão que se estabelece entre arrendamento e compra e venda — veja-se o já clássico exemplo de extracção de cortiça — não ajuda muito as considerações de Beudant.

Mas continuemos.

A outorga da mulher é necessária nos arrendamentos a que deu lugar o citado art.º 10.º, ainda que o destino do prédio seja para estabelecimento comercial (1), pois este destino não obsta a que o arrendamento seja onus real.

Não pode ainda o marido, com maioria de razão, arrender os bens próprios da mulher ou dotais, pois como administrador não tem poderes para onerar esses mesmos bens.

Se o arrendamento fosse um acto de administração, porque razão não se enquadraria entre os poderes dos administradores dos bens do casal essa faculdade?

Em suma, se a locação fosse sempre um acto de administração, não se compreendia porque é que, faltando nos casos indicados a outorga da mulher, ele era anulável.

b) — Outro argumento para sustentar a doutrina tradicional é ainda a hipoteca.

Diz-se: dispondo-se na lei civil (art.ºs 888.º e 889.º Código Civil) que a hipoteca recai em bens imobiliários, logo a seguir (art.º 890.º) se enumeram os bens e direitos hipotecários, em cujo número se não compreendem os direitos do arrendatário, nem mesmo que constituam onus real.

Este argumento também para nós não colhe.

Não vemos, na verdade, como do facto de o direito do arrendatário não poder ser objecto de hipoteca, se possa deduzir que o mesmo não é direito real.

(1) Cunha Gonçalves — Tratado de Direito Civil.

Esta dedução seria legítima se todos os bens imobiliários, e só esses, pudessem ser objecto de hipoteca, mas não nos parece que seja assim.

Isto é, por força desta argumentação todo e qualquer bem imobiliário é susceptível de hipoteca, deixando imediatamente de o ser quando essa possibilidade não exista.

De facto, o art.º 889.º do Código Civil diz: a hipoteca só pode recair em bens imobiliários, que não estejam fora do comércio.

Quererá isto dizer que quando há imobiliários há sujeição a hipoteca?

Evidentemente que não.

Apenas significa que só os imobiliários podem ser objecto de hipoteca, mas não que todos os imobiliários possam ser objecto de hipoteca.

E tanto assim é que há direitos como o *uso*, *habitação*, *compáscoo*, *servidão*, que são inegavelmente direitos imobiliários e, no entanto, não podem ser hipotecados.

Nem se diga que a enumeração do art.º 890.º é taxativa, pois tem-se entendido que além dos casos nele indicados podem ser objecto de hipoteca o quinhão, o censo, a mera propriedade.

Portanto, visto que nem todos os imobiliários são susceptíveis de hipoteca, o facto de o arrendamento não o ser, não quer dizer que não seja um direito imobiliário.

c) — Outros argumentos baseados na lei tendem ao mesmo fim. Vejamos o que nos diz o art.º 15.º do dec. 5.411.

O senhorio é obrigado:

1) — A entregar ao arrendatário o prédio arrendado com as suas pertenças em estado de prestar o uso para que foi destinado.

Esta obrigação do senhorio, resultante do respectivo contrato, não exclui a possibilidade de, através do mesmo, se constituir sobre a coisa um direito real.

2) — A conservar o prédio arrendado no mesmo estado durante o arrendamento.

Esta obrigação de fazer as reparações necessárias também não serve para caracterizar o direito de crédito.

Em boa verdade, nos direitos reais se pode verificar a mesma obrigação.

Dissemos já que as disposições relativas ao usufruto são de carác-

ter supletivo e, portanto, pode muito bem suceder que pelo título constitutivo não seja o usufrutuário obrigado às reparações, mas sim a outra parte, e nem porisso o usufruto deixa de ser direito real.

E nem se diga que o art.º 2.228 do Código Civil impõe essa obrigação só ao usufrutuário, porquanto o art.º 2.201 deixa antever a sua natureza supletiva.

3) — A não estorvar nem embaraçar por qualquer forma o uso do prédio arrendado, a não ser por causa de reparos urgentes e indispensáveis; neste caso, porém, poderá o arrendatário exigir indemnização do prejuízo que padecer por não poder servir-se do prédio até ao fim do prazo do arrendamento.

Esta obrigação tanto se verifica nos direitos reais como nos direitos de crédito e porisso mesmo também não vemos que ilacção se possa tirar daqui.

4) — A assegurar o uso do prédio arrendado contra os embaraços e turbações provenientes do direito que algum terceiro tenha com relação ao prédio, mas não contra embaraços e turbações nascidas de mero facto de terceiro.

Não há dúvida que este argumento é de respeito, pois que se o arrendatário fosse titular dum direito real não poderia negar-se-lhe legitimidade para defender a coisa sobre que o direito recai.

Pode parecer à primeira vista que o art.º 20.º do dec. 5.411 contraria este número 4, mas não é assim.

O art.º 20.º apenas confere ao arrendatário o direito de se defender das perturbações ou esbulhos de terceiros, o que é diferente de se lhe conceder o direito de defender a coisa contra terceiros que tenham direito sobre ela.

De facto, quando há direito real há o poder de defender esse direito não só contra o titular do domínio directo — caso da enfiteuse — como ainda contra todos os demais.

O que se diz para a enfiteuse diz-se para todos os direitos.

Que responder portanto a isto?

Que a lei é por vezes incoerente consigo mesma.

Dá ao arrendatário todo o ambiente de titular dum direito real, e depois, como que arrependida de tamanha garantia, remenda o exagero com disposições antagónicas.

5) — A responder pelos prejuízos que padecer o arrendatário em

consequência dos defeitos ou vícios ocultos do prédio anteriores ao arrendamento.

Esta mesma obrigação se nota também nos direitos reais.

Nenhuma força tem pois qualquer argumento que daqui se deduz.

6) — A cumprir todas as obrigações a que se sujeitou no contrato, que não forem contrárias a quaisquer disposições legais.

Também no usufruto, resultante dum contrato, se podem estabelecer as mesmas obrigações.

Vejamos agora o art.º 22.º, respeitante às obrigações do inquilino. O arrendatário é obrigado — diz este artigo :

1) — A satisfazer a renda pela forma legal ou dentro do prazo estabelecido para o depósito.

Também o enfiteuta tem a mesma obrigação e no entanto não deixa de ser titular dum direito real.

2) — A responder pelos prejuízos que sobrevierem no prédio arrendado por sua culpa ou negligência ou de seus familiares e sublocatários.

A mesma obrigação está consignada no art.º 2.253 do Código Civil para o usufrutuário.

3) — A servir-se do prédio tão somente para o uso convencionado ou conforme com a sua natureza.

4) — A dar parte ao senhorio das usurpações tentatadas ou feitas por terceiros e defender os direitos do mesmo senhorio até que este proveja, como no caso couber, sob pena de responder por perdas e danos.

6) — A cumprir todas as demais obrigações impostas no contrato e dele derivadas que não forem proibidas por quaisquer disposições legais.

A qualquer destes três números se aplicam mutatis mutandis as observações que vimos fazendo para os outros números e porisso não lhes reconhecemos força alguma para o nosso caso.

5) — A restituir o prédio arrendado no fim do arrendamento, sem deteriorações, salvo as que forem inerentes ao seu uso ordinário.

Propositadamente guardamos para o fim este número, que parece dar razão a Beudant.

O despejo do prédio a requerimento do senhorio pode, em princípio, ter lugar em dois casos fundamentais : quando finda o prazo do

arrendamento ou se, antes de findar esse prazo, o arrendatário não cumpre aquilo a que se obrigou, isto é, se destina o prédio a um fim diferente, se subloca sem consentimento, etc.

Porém, quanto aos arrendamentos de prédios urbanos, não se permite hoje despejar os inquilinos com fundamento de que findou o prazo estipulado.

Quer dizer, a lei impõe ao senhorio e renovação perpétua do contrato, se ao inquilino isto convier.

Portanto, tanto a vontade, suprema lei das obrigações, como o carácter temporário do arrendamento, pelo menos neste caso, não se verificam, o que mais uma vez prova a não subsistência do principal argumento de Beudant.

Em muitos pontos, pois, não nos convence a argumentação em favor da teoria do direito do arrendatário como direito de crédito.

Demais não consegue explicar-nos como é que o direito do arrendatário se mantém e subsiste à transmissão do prédio por acto *inter vivos*.

Se o direito do arrendatário fosse um direito de crédito, o lógico seria que, por venda do prédio, se rescindisse o contrato, ficando o inquilino, pela prestação do uso e fruição que legitimamente lhe pertenceria, com o direito de exigir do senhorio indemnização de perdas e danos.

Mas não é o que se passa.

O contrato não se rescinde; transmite-se integralmente em todos os seus termos para o novo proprietário.

Como se explica, então, que o novo proprietário, que se não obrigou, tenha de suportar o direito do arrendatário?

Como admitir-se que o primitivo proprietário aliene a sua obrigação ao senhorio, a sua dívida para com o inquilino, se a nossa lei proíbe a transmissão singular nas dívidas?

Compreende-se, porém, que os herdeiros do senhorio fiquem por sua morte com essa obrigação, porque a aceitação da herança abrange activo e passivo, mesmo que seja a benefício de inventário, porquanto neste caso há apenas a limitação da responsabilidade ao montante da herança.

No caso da transmissão *mortis causa* a doutrina do direito de crédito é aceitável, mas para as transmissões *inter vivos* já, como vimos, não parece de aceitar.

Afirmou-se, com fundamento no art.º 1.619.º do Código Civil e 34.º do dec. 5.411, que o direito do arrendatário só resistia à morte do senhorio ou à transmissão do prédio quando a data do contrato de arrendamento fosse declarada em título autêntico ou autenticado, ficando logo extinto nos restantes casos.

Desta afirmação, por muitos seguida, resultaram tremendas consequências para os inquilinos, sempre à espera do momento em que tinham de satisfazer as ambições dos senhorios ou abandonar o prédio.

Na verdade, muito poucos eram e são os arrendamentos de prédios urbanos feitos por documento autêntico ou autenticado; e porisso sempre que alguns dos casos mencionados nos citados artigos se davam, imediatamente eram aproveitados para elevar as rendas ou despejar o inquilino.

A base fundamental da sociedade, a sua célula primária, é a família, e esta só pode existir em condições normais se possuir um prédio que possa usar em condições de estabilidade.

Ora com tais disposições isso não era possível.

Surgiu então a lei 1.662, que logo no seu art.º 1.º declara :

O arrendamento de prédios urbanos, embora não conste de documento autêntico ou autenticado, não se rescinde por morte do senhorio ou arrendatário nem pela transmissão do prédio, seja qual for a natureza desta transmissão, salvo o disposto no parágrafo 1.º do art. 36.º do dec. 5.411 :

§ 1.º — Exceptuam-se :

1.º —

2.º —

3.º — A transmissão por morte do arrendatário quando a este não sobreviva cônjuge ou qualquer herdeiro legitimário que com ele estivesse habitando há mais de seis meses.

Temos, portanto, que em relação aos prédios rústicos o contrato de arrendamento celebrado por acordo verbal ou por documento particular não autenticado, fica extinto por morte do locador ou locatário, ou por transmissão da propriedade.

Em relação aos prédios urbanos, o regime é diverso, pois o contrato, ainda que verbalmente celebrado, subsiste à transmissão da propriedade por qualquer modo celebrada, bem como à morte dos contraentes, desde que sobreviva ao inquilino o cônjuge ou herdeiro

legitimário que com ele estivesse habitando há mais de seis meses.

Se, portanto, ainda dentro do prazo do arrendamento, o proprietário transmite o prédio, pode o conceito do direito de crédito através do art.º 703.º do Código Civil explicar que esse contrato se não extinga em certos casos por transmissão a título universal, mas não explica como é que resiste à transmissão a título singular, uma vez que não se admite a sucessão singular nas dívidas.

Dissemos já que o direito de sequela só existe nos direitos reais e nunca nos direitos de crédito?

Existirá ele no contrato de arrendamento?

Nos arrendamentos de prédios rústicos cujos contratos constam de documento autêntico ou autenticado, e nos arrendamentos de prédios urbanos, independentemente de qualquer exigência quanto à forma externa do contrato, tem o locatário o direito de seguir a coisa em todas as suas deslocações.

Em conclusão, tem o arrendatário direito de sequela? Tem.

Constitui o arrendamento um *onus real*?

Constitui, sempre que tenha sido celebrado por mais de um ano havendo adiantamento de renda, ou por mais de quatro anos não o havendo — número 6, parágrafo 2.º, do art.º 949.º do Código Civil.

Será *onus real* o mesmo que direito real?

Salvo o devido respeito pelas opiniões em contrário, parece-me que o art.º 949.º do Código Civil não pretendeu fazer uma enumeração dos direitos reais e embora se faça no mesmo artigo uma distinção entre *onus real* e direitos reais, parece que para efeitos de registo não existe uma distinção.

De jure constituto não são portanto mais convincentes as razões apresentadas para considerar o direito do arrendatário como direito de crédito, do que as expostas.

De jure constituendo, isto é, se fôssemos legislador, a nossa opinião seria a mesma?

Talvez não.

Não constitui, porém, finalidade do nosso trabalho mostrar o que pensamos sobre a solução deste tormentoso problema, pois ele teve apenas em vista interpretar os princípios estabelecidos na lei constituída.

Ao interpretar as disposições que regem um determinado instituto jurídico, devemos pôr de parte aquilo que desejávamos que fosse, mas atender apenas aquilo que é.

Capítulo II — A Jurisprudência

7 — Casos conhecidos sobre a natureza jurídica do direito de arrendamento

Dissemos já que o nosso trabalho seria essencialmente teórico e porisso poderíamos dispensar considerações de natureza prática.

Entendemos, porém, que há uma certa vantagem em o fazer acompanhar de algumas decisões dos nossos tribunais, para que se veja que nem tudo que expusemos é pura abstracção.

Seremos breves.

Apenas alguns exemplos que ilustrem afirmações já feitas e que não alonguem este trabalho.

Contrariamente ao que parece deduzir-se dos exemplos citados pelo Dr. Pinto Loureiro, não tem a nossa jurisprudência sido unânime na caracterização do direito do arrendatário.

Se umas vezes o considera um direito real, outras há que o considera direito de crédito.

Apresenta o Dr. Pinto Loureiro o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, publicado na Colecção Oficial, ano 34, páginas 122, para nos mostrar que a personalidade do direito do arrendatário é facto assente na jurisprudência e doutrina.

Depois, e sempre na mesma orientação, serve-se do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, publicado na douda revista «Direito», ano 57, página 52.

Vai buscar ainda uma sentença publicada na Gazeta da Relação de Lisboa, volume 40, página 205; invoca a Revista da Legislação e Jurisprudência, ano 13, página 596; e, por último, para reforçar as afirmações feitas, recorre ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça publicado na Revista de Justiça, ano 19, página 37.

A esta enumeração podemos nós acrescentar em seu auxílio o Acórdão da Relação de Lisboa, de 8 de Março de 1944, publicado na

Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 77, de 3 de Fevereiro de 1945.

Se as decisões dos Tribunais são couraça forte e protecção respeitável em toda e qualquer alegação, também nós não nos encontramos totalmente desprotegidos.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, publicado na Gazeta da Relação de Lisboa, ano 39, página 76, diz-se:

O arrendamento de uma casa de habitação é bem imobiliário — art.ºs 374.º e 375.º do Código Civil — que como tal não pode ser arrolado no arrolamento a que se procedeu como preparatório a uma acção de divórcio.

Em anotação a própria Gazeta diz:

Julgou o Supremo Tribunal de Justiça:

O direito ao arrendamento de casa de habitação deve ser descrito no inventário, se o houver, e aí partilhado, mas não tem que ser nem deve ser arrolado, pois que só se arrolam os bens imobiliários do casal (decreto de 3 de Novembro de 1910, art.º 20.º, parágrafo 2.º), e esse direito sendo inerente a um imóvel é uma coisa imobiliária (Código Civil, art.º 375.º n.º 2 e 377.º).

Depois, outro acórdão também publicado na Revista de Leg. e Jurisprudência, e com o qual a mesma revista se conforma, diz:

O cônjuge marido, embora administrador de todos os bens do casal — art.º 1.189.º do Código Civil — não pode, sem outorga da mulher, dá-los de arrendamento, desde que deste facto resulte para os bens encargo com o carácter de *onus real* sujeito a registo; e isto porque tais bens, quer próprios de algum dos cônjuges, quer comuns, não podem ser *alheados* nem *obrigados* por qualquer forma, sem consentimento e acordo comum.

Poderíamos referir o Acórdão que vem publicado na página 138 da Gazeta da Relação de Lisboa, ano 39, e muitos mais, mas não é preciso mais para se ver que também estamos escudados.

8) — Conclusões a tirar da análise dos casos citados

Por mais que o legislador se esforce, por mais objectivo que seja, jamais consegue ver resolvidos de maneira semelhante casos indubitavelmente idênticos.

A imaginação fértil dos homens, aliada à defesa de interesses legítimos ou ilegítimos, egoístas ou altruístas, descobre sempre nas malhas da lei o menor elemento que há-de servir de refúgio e com o qual pretende justificar a especialidade da sua situação.

Não admira, porisso, que a jurisprudência, servida por homens e ao serviço do Estado para defesa da sociedade, acomode e atenda por vezes clamores sinceros, abra pequenos desvios que não sejam a antítese do espírito da Lei, mas sirvam a Justiça.

Por isto não se pode criticar nem o julgador nem o legislador que é coerente consigo mesmo.

Já o mesmo não podemos dizer quando esses desvios e contradições dependem exclusivamente da Lei.

Na verdade, é da essência da Lei a sua interpretação extensiva, restritiva e analógica, e porisso mesmo a sua amoldação ao caso concreto *sub judice*; mas o que não é da sua essência é a incompatibilidade consigo mesma.

A nossa sensibilidade e a de todos aqueles que como nós se dedicam à ciência jurídica, sente-se profundamente chocada que por vezes não se possa saber por culpa da Lei quais os direitos que nos assistem.

Será isto o que sucede com o direito do arrendatário?

Nuns casos a Lei concede-lhe apenas um direito de crédito e como tal relativamente instável, ao sabor e caprichos dos locadores, e noutros casos, como que arrependida, concede-lhes um verdadeiro direito real, com todas as consequências e prejuízos que daí invariavelmente resultam para o proprietário.

E porque assim é, nós vemos constantemente decisões antagónicas dos Tribunais e todas elas fundamentadas.

O que podemos concluir, portanto, à face do nosso direito, é que nuns casos é direito real e noutros direito de crédito.

Poder-se-á talvez dizer, com Ruggiero, que este é um dos tais direitos de natureza mixta, participando ao mesmo tempo de caracteres de direito de crédito e de direito real, mas isso não impede que se legisle com coerência, de forma a não dar aso que se diga, como um grande advogado dizia: sobre matéria de inquilinato não se dão consultas.

Parece haver contradição com a crítica feita à teoria personalista, mas não há.

O que através deste trabalho se quis mostrar é que não se pode afirmar duma maneira absoluta, à face do nosso direito, que é essa e só essa a natureza jurídica do direito do arrendatário.

Capítulo III — Opinião defendida e solução proposta

9 — Opinião defendida e solução proposta

Não é esta a finalidade que nos propusemos ao iniciar e desenvolver o estudo do direito de o arrendatário; no entanto, e pelo muito que meditamos sobre o problema, entendemos ser a ocasião soberana para expormos algumas conclusões que o mesmo nos fez surgir.

Analisado o conceito de direito real e confrontado com o de direito de crédito, cedo se verificou que grandes e profundas são as diferenças entre eles, muito embora sejam ambos direitos patrimoniais — diferenças que se escudam nos elementos específicos que os caracterizam e porisso mesmo os distinguem.

Chamou-nos especial atenção o direito de sequela.

Na verdade, é característica fundamental dos direitos reais o direito de sequela, isto é, quando há direito de sequela, há direito real.

Nem de outra forma se compreendia que o usufrutuário, que não possui alguns dos direitos contidos no direito real máximo — o de propriedade —, tal como o direito da alienação, seja titular dum direito real, se não houver um mínimo que lhe dê essa qualidade.

Comporta o direito de propriedade muitas compressões e limitações; mas, uma vez desaparecidas, retoma a primitiva amplitude, e porisso se diz ser um direito elástico.

Mas resume-se ao máximo, que o direito de sequela jamais desaparecerá.

Este direito de sequela é inconcebível no direito de crédito — direito à prestação de um ou mais devedores, o qual, tendo mesmo por objecto mediato coisas, não confere quaisquer poderes sobre elas.

Terá o arrendatário em qualquer situação que se encontre, isto é, sempre, o direito de sequela?

Já vimos que se terceiro reivindicar o prédio a que tem direito, o arrendatário não pode defender o seu direito.

Neste caso, portanto, o direito de sequela não existe.

Mas nos restantes casos, nomeadamente quando o proprietário o transmite, o direito do arrendatário mantém-se por força da lei.

Parece-nos, portanto, que não é sempre um direito de crédito.

É impossível neste direito a existência do direito de sequela.

Se não é direito de crédito puro, nem direito real puro, então que será?

Estamos a interpretar a lei tal como está feita, e não como deveria sê-lo.

O legislador, talvez inspirado nos princípios dominantes em quase todas as legislações, quis assegurar ao máximo a estabilidade do direito do arrendatário e por isso mesmo lhe atribuiu por vezes um autêntico direito real; mas teve receio das consequências que daí adviriam para os proprietários e não teve relutância em cercear tanto esse direito que, em alguns casos, mais se parece com um direito de crédito.

Porque entendemos não constituírem os direitos reais um número limitado e intangível, sem possibilidades de aumentar ou diminuir, antes pelo contrário um número variável e dependente da vontade do legislador, a realidade não é insita no próprio direito.

Se, por hipótese, o legislador determinasse que o comprador dum prédio não poderia usá-lo, transformar, alienar ou defender por sua iniciativa, é evidente que o direito real que actualmente se adquire pelo contrato de compra e venda, deixaria de o ser.

Porque entendemos, portanto, que a realidade não é insita no próprio direito, pode admitir-se que o direito do arrendatário seja amanhã um direito real ou um direito de crédito.

É ao legislador que, ao auscultar as necessidades colectivas, compete determiná-lo.

Hoje, porém, por nos encontrarmos numa fase de transição em busca de ensinamentos para o futuro, não quis o legislador entrar em caminho aberto nem fazer uma experiência.

Tem já os elementos necessários, parece-nos, para definir uma posição, mas enquanto tal não suceder, o direito do arrendatário, tal como está, é um direito de natureza mixta.

Querer ver sempre no direito do arrendatário natureza pessoal com desprezo da real, ou vice-versa, é pedir à interpretação, como já dizia o Doutor Guilherme Moreira, o que só a revogação pode dar.

10) — Considerações finais

Somos chegados ao fim do nosso estudo despretencioso e singelo, cujo merecimento pode apenas consistir na dificuldade que tivemos em arranjar e coligir os elementos necessários e suficientes para dar forma às ideias que o mesmo nos sugeriu. Forçoso é dizer que as conclusões a que chegamos sobre a natureza deste direito, se não são de todo inabaláveis, têm pelo menos a força que lhes empresta uma meditação séria sobre as disposições legais que o regem.

Através das Lições do Professor Doutor Galvão Teles, podemos verificar poderosa argumentação em favor da tese contrária à nossa, o que por muitas vezes nos fez hesitar e até duvidar da consistência e valor das nossas conclusões.

Não tivemos, porém, a pretensão de defender uma opinião isenta de crítica sobre um assunto que os mais insignes juristas têm discutido e continuam a discutir com razões fortes, mas não invioláveis.

Foi nosso propósito, portanto, analisar, com curiosidade de saber quais as dúvidas existentes, de forma a integrar-nos com conhecimento de causa na palpitante instituição do inquilinato.

JOSÉ DE ALBUQUERQUE DE ALMEIDA RIBEIRO