

A preferência no trespasse dum arrendamento misto (*)

pelo Dr. José Dias da Costa

Durante o meu estágio vi propor na comarca da Figueira da Foz uma acção que me chamou a atenção, muito especialmente quando a vi passar sem contestação.

Vai pois o meu trabalho ter por base a análise dessa acção ali interposta, mormente no que se refere ao êxito duma contestação que acaso tivesse surgido.

A petição inicial rezava assim :

1.º

É o autor dono legítimo de um prédio urbano composto de rés-do-chão destinado a comércio e 1.º andar destinado a habitação, com logradouro, sito na Estrada de Mira, Casal da Robala, confrontando do norte com estrada camarária, do sul e do nascente com o autor e do poente com Estrada de Mira, actualmente inscrito na matriz sob o art.º 3.066.º, porque o mandou edificar em terreno de que se encontra na posse titulada, de boa-fé, pública e pacífica e contínua, há mais de trinta anos.

2.º

Deste prédio deu de arrendamento a Maria Helena Moreira, comerciante, casada com José Maria Dias Cordeiro, ausente em Nova Lisboa, Af. Oc. Port., a 1/2 do lado norte, quer do rés-do-chão, quer do 1.º andar, assim como todo o logradouro, com a área de 150 m2, especificando-se o destino das partes arrendadas — a do rés-do-chão para estabelecimento de mercearias e vinhos e a do 1.º andar para habitação (escritura de 21/1/952, de fls.).

(*) Trabalho de candidato à advocacia, apresentado, nos termos do art.º 537.º, n.º 2.º, do Estatuto Judiciário, para inscrição da Ordem.

3.º

Fez-se, portanto, a separação das locações — dois contratos num documento único — ainda acentuada com a atribuição de duas rendas diversas: 200\$00 ao rés-do-chão e 150\$00 ao primeiro andar, discriminação corroborada por todos os recibos de rendas passados pelo autor à locatária.

4.º

Esta, com o marido, trespassou ao réu o estabelecimento de mercearias e vinhos a retalho, que a Maria Helena instalara no rés-do-chão mencionado, compreendendo-se os respectivos direitos ao arrendamento, a venda de armações, balcões e demais utensílios nele existentes, pelo preço global de 12.000\$00 (esc. 5.000\$00 valor atribuído ao local e 7.000\$00 às armações, balcões e demais utensílios) escritura de fls.

5.º

Embora se considere uno e indivisível o contrato titulado pelo doc. n.º 1 e tal questão não possa pôr-se, em face do alegado, a parte comercial da locação absorveria a outra. De resto,

6.º

A perfeita validade do trespasse é indiscutível e conduziria, na tese da unidade e indivisibilidade do arrendamento, à cessão do primeiro andar.

7.º

Assiste ao autor o direito de preferência (Lei 1.662, art.º 9.º, § único) direito que faz valer pela presente acção.

8.º

Do autor tem o réu a receber :

Preço do trespasse	12.000\$00
Imposto do selo	648\$00
Custo da escritura	165\$00
	<hr/>
	12.813\$00

Nestes termos e nos mais de direito, deve julgar-se procedente a acção decidindo-se que :

a) O autor tem direito de preferir no trespasse constante do doc. n.º 2, substituindo-se ao réu nesse contrato ;

- b) O réu entregará ao autor, contra o pagamento de 12.813\$00, o estabelecimento e mais coisas objecto do dito trespasse ;
- c) O réu é responsável pelas custas.

Requer que, precedendo a citação a distribuição, se observe o disposto no art.º 783.º do C. P. C.

Requer-se arbitramento (por avaliação) bem como a notificação oportuna — se for caso disso — da locatária para exhibir os recibos das rendas (prova do aqui alegado, art.º 3.º, 2.ª parte) art.º 554.º do C. P. C.

Valor : 12.813\$00.

Estamos assim colocados em face duma acção de preferência dum arrendamento misto.

Dois pontos de direito me parece indispensável focar para levar avante esta minha iniciativa : em primeiro lugar o problema da forma dos actos jurídicos ; em segundo o problema mais delicado da natureza dos arrendamentos mistos, embora possa fazer uma referência, ainda que sucinta, aos direitos de preferência que me parecem secundários para a análise da procedência da acção.

O art.º 9.º da lei 1.662 de 4 de Setembro de 1924, diz que «Os trespases dos estabelecimentos comerciais ou industriais só terão validade quando reduzidos a escritura pública, devendo nela especificar-se o preço do trespasse». Ora verifica-se da certidão da escritura junta aos autos que a cessão do direito ao arrendamento comercial obedece às cláusulas legais. Estamos pois em face dum acto juridicamente válido.

O § único do mesmo artigo, ao dizer que o senhorio terá sempre direito de opção, remete para a legislação geral ; e, compulsando o Código Civil, lemos no § único do art.º 1.566.º — que embora relativo à venda constitui a norma geral para a preferência em jogo — «o comproprietário a quem não se der conhecimento da venda, poderá haver para si a parte vendida a estranhos, contanto que o requeira dentro do prazo de seis meses, a contar da data em que tenha conhecimento da venda, depositando antes de efectuada a entrega o preço que, segundo as condições do contrato, estiver pago ou vencido».

Ainda não haviam decorrido seis meses sobre o dito trespasse, pelo que não podíamos afastar a preferência do senhorio com base na extemporaneidade da acção.

Em face do disposto no art.º 9.º e seu § único da lei 1.662, e § 1.º

do art.º 1.566.º do Código Civil parece-me não se poder aqui encontrar pé para refutar os argumentos apresentados pelo autor.

Pensei ainda ir pela renúncia à preferência. O art.º 815.º, § único do Código Civil, estatui que a renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pelo renunciante, devendo, no caso de ele não saber ou não poder escrever, intervir duas testemunhas com reconhecimento notarial. Embora a lei seja expressa em exigir documento escrito, pretendendo evitar a falibilidade e a possibilidade de falsidade da prova testemunhal, certo é que os nossos tribunais continuam a dar todo o acolhimento à renúncia verbal comprovada por duas ou mais testemunhas.

Assim se consagra no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1949, publicado no *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, n.º 14, pág. 228. Interpretação do § único do art.º 1.566.º do Código Civil: qualquer meio, incluindo a comunicação verbal, serve para dar ao comproprietário, com direito de preferência, conhecimento da venda, pois este parágrafo não o condiciona a determinada forma, e o § único do art.º 892.º do Código de Processo Civil admite além da notificação (a do seu art.º 1.511.º) o aviso prévio, que pode ser verbal. Mas mais explicitamente me parece consagrado num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça desse mesmo ano, publicado no mesmo *Boletim Oficial*, pág. 231: É válida a notificação verbal como meio de dar conhecimento ao proprietário da venda e das suas condições. A renúncia, quer quando a notificação tenha sido judicial quer extrajudicial, tanto pode ser expressa como tácita resultando esta da passividade do preferente.

Se é óbvio o fundo moralizador da doutrina consagrada nestes acórdãos, pretendendo obstar a que uma vez prometido ao comprador ou vendedor que não se exerce aquela preferência, o preferente venha legalmente mais tarde exercê-la, não é menos certo que não podemos deixar aberta a porta que o § único do art.º 815.º quis fechar, evitando que por falsas testemunhas se venha provar um aviso que efectivamente se não fez.

No presente caso, tinha Maria Helena dado conhecimento verbal a António Azenha, sem que algo tivesse inquirido sobre o seu interesse no acto de trespasse, pelo que não me parece razão capaz de demonstrar a renúncia, embora tácita, do senhorio. Parece-me pois

não ser ainda este o elemento capaz de obstar às reivindicações do autor da acção.

Vem agora o momento de abordar o problema da forma dos actos jurídicos.

É doutrina assente, com base na lei, que as alterações aos contratos têm de ser claramente manifestadas pelos outorgantes, nos termos do art.º 647.º do Código Civil, e que devem revestir a mesma forma que o contrato a alterar possui. Isto é, se o contrato é por escrito, só por escrito a alteração pode ficar válida, de acordo com o art.º 648.º do citado diploma.

Ora, como é evidente, são documentos distintos e de distinta forma os documentos particulares e os documentos autênticos, pelo que se lhes atribui também uma grande diversidade de valor quanto à prova. Assim, é documento autêntico nos termos do art.º 528.º do Código de Processo Civil «o que foi exarado por funcionário público ou com a intervenção dele exigida por lei», o qual constitui prova plena por força do art.º 530.º do mesmo Código, enquanto o valor dos documentos particulares definidos no art.º 537.º é muito menor conforme se deduz da letra do art.º 542.º do referido diploma. Da dita escritura verifica-se que António Azenha deu de arrendamento a Maria Helena uma fracção de um prédio de rés-do-chão e primeiro andar, sendo o primeiro para comércio e o segundo para habitação.

Discriminou-se assim o fim a que se destinava cada uma das partes arrendadas mas atribuiu-se o valor global de 350\$00 ao arrendamento. Nos recibos passados à locatária teve sempre o autor o cuidado de discriminar as rendas—200\$00 para o rés-do-chão e 150\$00 para o primeiro andar.

Poderá o mero recibo de renda anular a cláusula da escritura em que se fixa em 300\$00 o arrendamento total sem qualquer des-trinça?

Tratar-se-á, no caso em litígio, duma só renda de 350\$00, ou de duas rendas distintas, uma de 200\$00 e outra de 150\$00?

Claro está que de modo algum o mero recibo de renda será capaz de revogar a escritura. Não pode um documento particular derrubar o valor de uma escritura pública a qual só poderia ser destruída por documento de igual força.

E se nos podiam restar quaisquer dúvidas ao compulsarmos a lei geral, nomeadamente os citados art.ºs 647.º e 648.º do Código

Civil, essas dúvidas estão plenamente afastadas para o caso presente pelo art.º 38.º da lei 2.030, quando afirma que o arrendamento reduzido a escrito só pode ser alterado por documento de igual força.

Sendo assim e afastado o valor probatório do recibo de renda em face da escritura do arrendamento, por força do art.º 38.º da citada lei 2.030, teremos de concluir que estamos perante um único arrendamento ainda que misto — comércio e habitação — pelo qual se é obrigado a uma renda também una.

E chegados aqui melhor será analisar as correntes que se degladiam na análise de tão melindroso problema, para que possamos concluir sobre as possibilidades da contestação da acção dado que até agora não achámos razão para o fazer em consciência.

Tese da unidade e tese da dualidade — eis as correntes que se entrecrocavam ao pretender resolver o problema da natureza dos arrendamentos mistos.

A destrição entre arrendamentos civis e comerciais é do mais completo interesse, pois que a sua regulamentação legal é também bem diversa.

Além da já ligada à comercialidade dos arrendamentos temos, por exemplo: As garantias especiais atribuídas aos arrendamentos comerciais e industriais, como as relativas a direitos de preferência, trespasse, duração dos contratos, expropriações; à forma dos contratos que enquanto aos arrendamentos para comércio ou indústria o art.º 37.º, alínea b), da lei 2.030 obriga a ser reduzido a escrito público, sob pena de nulidade, não podendo ser admitido em juízo nem invocado perante qualquer autoridade ou repartição nos termos do n.º 2.º daquele artigo; o arrendamento civil é ainda hoje na maioria dos casos meramente consensual, conforme o ficou ainda a admitir o art.º 36.º da lei referida.

E essa divergência foi de tal modo que chegaram mesmo a ser julgados em diferentes foros: comercial e cível. Hoje, apenas no cível, pois foi extinta a jurisdição comercial por virtude do decreto-lei n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932 (art.ºs 1.º e 12.º). E se não há dificuldade em concluir pela inexistência de contratos mistos de prédios rústicos e urbanos, por força do que dispõe o art.º 1.º e §§ do Decreto n.º 5.411, outro tanto não pode dizer-se quando surge um contrato de arrendamento simultaneamente para comércio e habitação — de um arrendamento comercial e civil.

Os partidários da doutrina da unidade julgam sempre o contrato de arrendamento, quer com discriminação de renda quer sem ela, uno e indivisível, com a natureza cível ou comercial conforme a maior renda da parte destinada a habitação ou a comércio.

Dentro desta doutrina e não havendo mesmo discriminação de rendas, outros afirmam que o contrato tem a natureza de comercial por ser sempre mais importante o exercício do comércio ou indústria do que o uso do prédio para habitação; outros dão-lhe a natureza civil por constituir a regra; outros ainda, havendo discriminação de rendas, sempre que uma parte do prédio é destinada a habitação e a outra o estabelecimento comercial, entendem que todo o arrendamento se deve considerar comercial.

Sintetizando, dentro da tese da unidade teremos :

- o contrato considera-se sempre civil
- o contrato considera-se sempre comercial
- o contrato será civil ou comercial conforme o maior valor for da parte destinada a habitação ou a comércio (indústria).

No seu *Tratado de Locação* (vol. I, págs. 262 a 268) o Dr. Pinto Loureiro apresenta a favor da sua tese — a da unidade — os seguintes argumentos :

Em primeiro lugar (à parte os citados preceitos : art. 25.º, alínea b), § 1.º da lei 1.368 de 30 de Setembro de 1922 e art.º 24.º do Decreto n.º 15.289 de 30 de Março de 1928 — aliás sem importância decisiva para o aspecto agora em questão) nenhuma disposição legal existe que autorize o desdobramento dos contratos, e antes deve aplicar-se aos arrendamentos civis e comerciais a mesma regra por lei estabelecida para os arrendamentos de prédios em parte urbanos e parte rústicos.

Em segundo lugar «sendo um dos elementos essenciais do contrato de arrendamento o preço determinado pelo uso e fruição da coisa imóvel ou seja a determinada retribuição do art.º 1.º do Decreto n.º 5.411, e não se compadecendo com o conceito de arrendamento a falta dessa determinação — não pode sustentar-se a existência da dualidade».

Mesmo quando discriminada só admitiríamos a dualidade quando

do texto se depreendesse ter sido essa a vontade dos contraentes. Em muitos outros seria também contrário aos interesses do senhorio o fraccionamento do contrato, resultando da cisão uma depreciação no valor locativo duma das partes arrendadas ou mesmo de ambas. Não havendo destrição, nem delimitação, indicando-se simplesmente que o prédio se destina a comércio ou indústria e habitação parece que nada justifica uma bipartição que não esteve na intenção dos contratantes, nem a lei autoriza.

E assim o citado jurista acaba por abraçar a tese da unidade, refutando a tese oposta (a da dualidade), por segundo sua opinião, se basear essencialmente em razões de ordem moral.

O Prof. Dr. Galvão Telles, nas suas *Lições sobre arrendamento* nos anos lectivos de 1945 e 1946, veio também perfilhar a doutrina do Dr. Pinto Loureiro, afirmando que só haverá dois contratos quando houver discriminação de rendas, não obstante o facto de terem sido exarados num mesmo título, pois que num único documento podem celebrar-se diversos contratos. Mas tomando também em linha de conta o segundo argumento apresentado pelo douto advogado — a determinação do quantitativo da retribuição pelo uso do prédio, afirma que não pode defender-se a existência de dois contratos. Nesse caso haverá um só contrato de natureza comercial ou civil, consoante o maior valor da parte destinada a comércio ou a habitação — por aplicação analógica do § 1.º do art.º 1.º do Decreto n.º 5.411.

Analisemos agora as doutrinas defensoras da tese da dualidade — cujo principal esteio está no prestígio da Revista que a defende. A *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (anos 56.º e 79.º), tomando em consideração o diferente tratamento que a lei dispensa ao arrendamento civil e comercial, pretendendo obstar a que normas aplicáveis a um fossem por força da tese da unidade aplicáveis a outro, preconiza no arrendamento misto dois arrendamentos distintos — um para comércio, outra para habitação.

Os art.ºs 53.º a 59.º do Decreto n.º 5.411 são de aplicação exclusiva ao inquilinato comercial e se admitirmos a doutrina do Prof. Dr. Pinto Coelho, iremos tornar extensivas estas normas ao próprio inquilinato civil, indo assim opor-nos ao próprio pensamento do legislador, pois se entre os prédios urbanos e rústicos estabeleceu normas deste género, se o desejasse assim o faria entre os arrendamentos civis e os arrendamentos comerciais.

Argumentar-se contra a tese da dualidade com o facto de haver por vezes uma única renda, parece não ser razoável, pois que também por analogia com o § 3.º do art.º 1.º do Decreto n.º 5.411, recorreríamos à avaliação para determinar o verdadeiro valor a atribuir a cada uma das partes.

Esta opinião, diz a Revista, é conforme à lei porque o art.º 52.º do Decreto n.º 5.411 só considera estabelecimento comercial o prédio ou parte do prédio que o comerciante toma de arrendamento para o exercício da sua profissão e só o estabelecimento comercial fica sujeito ao regime comercial dos art.ºs 53.º e sgs. Além disso esta tese evita os inconvenientes a que dá lugar a opinião do arrendamento único ou sacrificando as garantias especiais do inquilinato comercial ou aplicando-as ao inquilinato para habitação.

No mesmo sentido desta tão prestigiosa Revista, se vem pronunciando o Dr. Anselmo de Castro numa anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Maio de 1946. A *Revista dos Tribunais* sempre defendeu também aquela opinião através dos seus diversos números.

No mesmo sentido podemos também citar o nome do Dr. Francisco Xavier Morais Sarmiento, juiz de Paredes, nas suas considerações a fim de fundamentar uma sentença que teve de proferir sobre um caso de arrendamento misto.

Ainda que seja grande o valor da Revista que defende esta última tese, certo é que só na doutrina ela ainda hoje é sustentada pois que os nossos tribunais seguem de perto a doutrina da unidade.

É esta pois a que dia a dia se vem consagrando a dentro da jurisprudência dos nossos tribunais.

Sendo assim, como analisar a petição em que pretendi fundamentar o meu trabalho?

A admitirmos a tese da dualidade, parece-me infrutífera a contestação pois havendo dois arrendamentos distintos, e nada se pedindo do 1.º andar, o destinado a habitação, o trespasse do do rés-do-chão era absolutamente válido e tem o autor direito de preferir nele.

Mas olhada à face da tese oposta, talvez a questão não seja tão simples.

O factor determinante da sua natureza — civil ou comercial — está no seu maior valor. Dado que não há uma discriminação de

rendas pois conforme vimos nunca um mero recibo de renda pode modificar o exarado no documento autêntico que era a escritura — por força do citado art.º 38.º da lei 2.030 — teríamos então que recorrer à prova arbitral — à avaliação.

Se fosse maior o valor da habitação teríamos a improcedência da acção pois que não haveria lugar a preferência, e impunha-se a nulidade da escritura pois não pode trespassar-se uma casa de habitação.

Mas mais fácil, e até porque a própria destrição de recibos deveria ter um cunho real, seria que fosse o maior valor o comercial, por dever presumir-se que a parte mais importante do prédio é a destinada a comércio, visto que do exercício deste é que depende a habitação e não vice-versa.

Sendo assim e ainda porque o Estatuto Judiciário impõe ao advogado não patrocinar uma causa que não considere justa, parece-me que se procedeu bem deixando passar incontestada a acção.

Pela análise que acabei de fazer parece-me que a contestação mais não faria do que transferir o encargo das custas da acção do autor para o réu.