

DA NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

Pelo Dr. António Menezes Cordeiro

§ 1.º INTRODUÇÃO

1. NOÇÃO DE LOCAÇÃO; ELEMENTOS; CARACTERÍSTICAS; MODALIDADES

1. «Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição» (1). Infere-se, desta definição legal, que a locação é um acto jurídico de natureza negocial, bilateral, com três elementos específicos, condições necessárias da existência do próprio pacto locativo como tal (2):

(1) Artigo 1022.º do Código Civil. O direito comparado, nomeadamente no que toca aos sistemas jurídicos mais próximos do nosso, indica definições semelhantes. Dispõem, assim, os códigos civis francês, italiano, alemão e brasileiro, respectivamente: art. 1709.º: «A locação das coisas é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a fazer gozar à outra uma coisa, durante certo tempo, e mediante um certo preço que esta se obriga a pagar-lhe»; art. 1571.º: «A locação é o contrato com o qual uma parte se obriga a fazer gozar à outra uma coisa móvel ou imóvel por dado tempo, contra um determinado correspectivo»; § 535 «Através do contrato de locação fica o locador obrigado a conceder (*gewähren*) ao locatário o uso (*Gebrauch*) da coisa locada durante o tempo da locação. O locatário é obrigado a pagar ao locador a renda (aluguer, *Mietzins*) combinada»; artigo 1188.º: «Na locação de coisas, uma das partes se obriga a conceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo da coisa não fundível, mediante certa retribuição».

(2) Por todos, vide GALVÃO TELLES, in *Arrendamento*, Lisboa,

- uma «obrigação de proporcionar o gozo de uma coisa»;
- um prazo;
- uma retribuição.

II. De acordo com MIRABELLI⁽³⁾, o contrato de locação é um contrato *consensual, sinalagmático, oneroso e com prestações correspectivas, não aleatório, de execução continuada*, discutindo-se, por fim, se os seus efeitos são *obrigacionais* ou *reais*.

Consensual na medida em que o seu objectivo é atingido pela simples verificação do acordo, independentemente de tradição da coisa⁽⁴⁾.

Sinalagmático porquanto produz efeitos em relação a ambas as partes, havendo conexão entre as obrigações em causa.

Oneroso e com prestações correspectivas visto implicar sacrificio económico para ambas as partes, com equivalência teórica.

Não aleatório, uma vez que o montante das prestações é de antemão, conhecido pelas partes⁽⁵⁾;

1946, § 13, p. 83. Fala em «elementos característicos» e em «elementos definidores» JOÃO DE MATOS, no *Manual do Arrendamento e do Aluguer*, I, Porto, 1968, p. 20; por seu turno, PEREIRA COELHO em *Direito Civil — Arrendamento*, Coimbra, 1976, p. 9 prefere a expressão clássica «elementos essenciais». HERMANN ROQUETE, in *Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Tübingen, 1966, descobre seis elementos na previsão normativa (*Tatbestands-elementen*) da locação (pp. 29-30): 1. Um contrato como fundamento jurídico da locação; 2. Duas pessoas como partes no contrato — o locador e o locatário; 3. Uma coisa como objecto da locação; 4. A concessão do gozo como prestação do locador; 5. Uma limitação temporal no gozo; 6. A renda como conteúdo da prestação do locatário. Tem-se aqui em vista a situação locativa complexa.

(3) *La Locazione*, vol. 7.º, tomo 4.º do *Trattato di Diritto Civile Italiano* de FILIPPO VASSALLI, Turim, 1972, pp. 3 a 28. Segue-o, de perto, PEREIRA COELHO no *Arrendamento* cit., pp. 13 e ss., embora com algumas especificidades.

(4) *Consensual* contrapõe-se, aqui, a real *quoad constitutionem*; pode, porém, contrapor-se, também, a formal, surgindo, neste último sentido, a locação como negócio ora consensual, ora solene ou formal.

(5) Cf., no entanto, os artigos 11.º e 12.º da Lei do Arrendamento Rural (n.º 76/77, de 29 de Setembro) que prevêm alterações na renda; PEREIRA COELHO, pronunciando-se no âmbito do art. 8.º da Lei anterior (Decreto-Lei n.º 201-c/75, de 15 de Abril), inclina-se para o carácter comutativo do contrato, ainda neste caso.

De *execução continuada* porque o cumprimento das obrigações dele emergentes se difere ao longo do tempo (6);

De *efeitos obrigacionais* ou *reais* consoante se entenda que da sua celebração derivam meras obrigações ou, pelo contrário, um autêntico direito real.

III. Tendo, apenas, em conta as modalidades de locação previstas na lei, podemos distinguir o *aluguer* do *arrendamento*, consoante a coisa, objecto do contrato, seja móvel ou imóvel (7).

O *arrendamento* diz-se *urbano* ou *rústico* conforme o tipo de prédio a que respeite, podendo subdividir-se ainda, o primeiro, em *arrendamento para habitação, para comércio ou indústria, para profissão liberal* ou *para outros fins* e o segundo em *arrendamento rústico rural* ou *não rural* (8) e feito a *agricultor autónomo* (9) ou a *empresário* (10) (11).

IV. Locação diz-se, também, a situação jurídica complexa emergente do contrato em causa; assim entendida, podemos decompô-la em:

(6) São relações obrigacionais duradouras (*Dauerschuldverhältnis*), muito salientadas na doutrina alemã; cf. OTTO PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39.ª edição, Munique, 1980, p. 488.

(7) Vide o artigo 1023.º do Código Civil.

(8) Conforme tenha por fim, ou não, a «exploração agrícola, pecuária ou florestal, nas condições de uma regular utilização». Confere o art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 76/77, bem como PEREIRA COELHO, *Arrendamento cit.*, p. 35.

(9) Agricultor autónomo é a expressão utilizada pela actual lei do arrendamento rural, em substituição de «cultivador directo», fórmula que nos parece mais clara preferida pelo Decreto-Lei n.º 201-c/75. De facto, «agricultor autónomo» é, nos termos da Lei do Arrendamento Rural, aquele que explora o prédio arrendado com o seu próprio trabalho ou o das pessoas do seu agregado doméstico (art. 1.º, n.º 2).

(10) A expressão é de PEREIRA COELHO, *ob. e loc. cit.*

(11) Não referimos, agora, a locação financeira, que transcende a mera situação locativa, e cujo regime consta do Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho. A locação financeira também pode respeitar a móveis ou a imóveis.

- um direito do locador;
- um direito do locatário;
- relações estabelecidas entre os titulares dos dois direitos referidos.

2. A POSIÇÃO JURÍDICA DO LOCATÁRIO

I. Sem qualquer preocupação de analisar exaustivamente o regime da situação jurídica da locação, mas procurando, apenas, continuar a tarefa de delimitação prévia da matéria a cuja análise vamos proceder, cabe enunciar os elementos característicos da posição do locatário.

II. O artigo 1 038.º do Código Civil faz um longo enunciado das obrigações do locatário. Podemos ordená-las como segue:

- 1.º Obrigações quanto à *coisa*:
 - não a aplicar a fim diverso daquelas a que se destina;
 - não fazer dela um uso imprudente;
 - não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa, por meio de cessão da sua posição contratual, excepto se a lei o permitir ou o locador o autorizar.
- 2.º Obrigações quanto ao *locador*:
 - pagar a renda ou aluguer;
 - facultar ao locador o exame da coisa locada;
 - tolerar as reparações urgentes;
 - comunicar ao locador, dentro de quinze dias, a cedência do gozo da coisa por algum dos referidos títulos (12);
 - avisar imediatamente o locador sempre que tenha conhecimento de vícios na coisa, ou saiba que a

(12) Ou seja: «... por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato...»

ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ela, desde que o facto seja ignorado pelo locador;

— restituir a coisa locada findo o contrato.

III. Mas ao locatário não assistem apenas, obrigações. A lei civil não autonomiza, no entanto, os seus direitos, limitando-se a indicar as *obrigações do locador*: delas podemos, por simetria, extrair os direitos da contraparte.

E são eles:

1.º Direitos quanto à coisa:

— gozá-la, dentro dos fins a que a coisa se destina (artigo 1031.º, alínea b)) (13);

— fazer reparações e outras despesas urgentes (artigo 1036.º);

— defendê-la por meio de acções possessórias (artigo 1037.º, n.º 2);

— levantar, findo o prazo do contrato, as benfeitorias úteis quando o possa fazer sem detrimento da coisa (artigo 1273.º, aplicável *ex vi* artigo 1046.º, n.º 1).

2.º Direitos quanto ao locador:

— exigir a entrega da coisa (artigo 1031.º, alínea a));

— exigir o reembolso de reparações ou despesas urgentes feitas com a coisa (artigo 1036.º, n.º 1 e 2);

— consentir actos do locador que diminuam o gozo da coisa (artigo 1037.º, n.º 1);

— ser indemnizado pelas benfeitorias necessárias e ser satisfeito no valor das benfeitorias úteis, quando o seu levantamento não seja possível sem detrimento para a coisa, de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (artigo 1273.º, aplicável *ex vi* artigo 1046.º, n.º 1).

IV. Focamos o essencial da posição do locatário. No entanto, nomeadamente em matéria de arrendamento, nas suas

(13) O gozo compreende, com precisões aqui desnecessárias, o uso e a fruição.

modalidades de *rústico rural e urbano para habitação*, existem especialidades por vezes de monta. Essas especialidades traduzem-se, porém, na generalidade, em restrições de âmbito da autonomia das partes quando da celebração do contrato — prazos, rendas, etc. — visando garantir e consolidar a posição do locatário. Modelam, por isso, o conteúdo dos direitos e obrigações apontados, sem — teoricamente — os suprimir.

Têm, no entanto e como veremos, inegável interesse uma vez que reforçam, pelo seu significado político-social as conclusões que se obtenham quanto à natureza da posição do locatário.

V. Por tudo isto, podemos sintetizar a posição do locatário dizendo que ela consiste, essencialmente, num *direito de gozo sobre uma coisa alheia, acompanhado da obrigação de pagar uma renda*.

Verifica-se, depois, a existência de várias obrigações acessórias, instrumentais em relação ao delineado cerne da situação locativa.

3. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

I. Referida a noção de locação, isolados os seus elementos, apontadas as suas características, enumeradas as suas modalidades e determinada a posição jurídica do locatário, podemos formular o problema que ora nos vai ocupar: *a natureza do direito do locatário*.

II. Muitas são as classificações possíveis dos direitos subjectivos⁽¹⁴⁾; limitar-nos-emos, a aferir o direito do locatário em relação às principais.

(14) Por exemplo, entre nós, vide JOSÉ TAVARES, *Noções Fundamentais do Direito Civil*, I, Lisboa, 1929, p. 256 a 296; CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil* I, 3.ª edição, Coimbra, 1958, pp. 69 a 81; CASTRO MENDES, *Direito Civil — Teoria Geral*, II, Lisboa, 1968, pp. 57 a 87.

É indubitável que se trata de um direito subjectivo *privado*, seja qual for o critério adoptado para isolar o direito público (15): visa a prossecução de interesses particulares, não prevê a actuação de sujeitos dotados de *ius imperii* e é regulado por normas tradicionalmente colocadas no direito civil (16).

Também é pacífica a sua classificação como *direito patrimonial*: a economicidade essencial da sua natureza deriva, claramente da possibilidade de avaliação pecuniária (17), bem ilustrada pela obrigação da renda.

A locação é, ainda, um direito referido a *bens materiais* (18): o gozo de uma coisa não parece, de forma alguma, ser criação do espírito.

Ora, sendo a locação um *direito subjectivo privado*, *patrimonial* e referente a *bens materiais*, só pode ser ou um *direito real* ou um *direito de crédito*. Neste ponto, não foi ainda possível qualquer unanimidade doutrinal.

III. A maioria esmagadora da doutrina tem-se inclinado para a natureza obrigacional ou pessoal do direito do locatário. Independentemente de razões de ordem técnica que examinaremos depois detidamente, podemos adiantar que existem fortes razões gerais favoráveis a esse tipo de opção: o contrato de

(15) Remetemos para os nossos *Direitos Reais*, vol. I, Lisboa, 1979, n.º 1, I, e *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, 1980, n.º 2, II e para a bibliografia que referimos nesses locais.

(16) Na verdade, a hoje já clássica intervenção do Estado na situação locativa, nomeadamente nos arrendamentos *urbano para habitação e rústico rural*, agudizada, em Portugal, nos últimos quatro anos, veio importar para o seio do direito locativo a crise que a distinção do direito em público e privado tem vindo a sofrer, face às arremetidas do chamado «direito económico» e do «direito social». Referiremos os desvios que este factor tem introduzido no seio da regulamentação privada da locação sempre que possam influir na análise a que procedemos.

(17) Para maiores desenvolvimentos, vide PAULO CUNHA, *Do Património*, Lisboa, 1934, pp. 16 e ss.; PIRES DE LIMA, *Lições de Direito Civil — Direitos Reais*, 3.ª edição, pp. 2 e ss.

(18) Por oposição a bens imateriais que se incluem, por exemplo com as prestações, na categoria das coisas incorpóreas.

locação figura no livro II do Código Civil dedicado ao direito das obrigações; a lei fala sempre em obrigações do locador e do locatário, apresentando-as como contrapartida umas das outras e não parecendo qualquer elemento, extravasar do esquema clássico do vínculo creditício; existe sólida jurisprudência constante no sentido da pessoalidade da locação; conhecidos nomes da civilística portuguesa perfilharam-na e defenderam-na; finalmente é a posição dominante nas doutrinas estrangeiras que maior influência têm exercido na portuguesa, nomeadamente a francesa, a italiana e a alemã.

IV. No entanto, desde que TROPLONG, na primeira metade do século XIX, proclamou que o Código Napoleão subvertera os quadros anteriores, atribuindo ao locatário um verdadeiro direito real, semelhante ao usufruto, nunca mais a opinião dominante deixou de ser incomodada por uma pequena mas aguerrida hoste de realistas.

Centenas de páginas em dezenas de tratados ou obras especializadas foram consagradas a provar, definitivamente, a natureza pessoal da locação; insignes juscivilistas proclamaram, nos seus escritos, terem, de vez, silenciado tão irreverente teoria; incontáveis decisões judiciais em vários países tornaram quiméricas as pretensões baseadas na realidade da locação; nada conseguiu impedir que a tese realista renascesse das cinzas, para recomeçar um combate que parecia perdido de avanço.

V. Na verdade, o tempo tem trabalhado a favor da realidade da locação. Por um lado, o desgaste a que a classificação germânica de SAVIGNY tem sido submetida ao longo de quase dois séculos torna cada vez mais premente uma superação dos seus quadros e uma renovação dos seus conteúdos. Por outro lado, as necessidades sociais que têm levado o legislador a intervir a nível crescente, provocaram uma série de alterações em matéria de arrendamento, sempre no sentido do reforço das posições do arrendatário. Ora é sabido que meras alterações quantitativas, ultrapassado certo ponto limite, provocam autênticas modificações qualitativas. Finalmente, têm vindo a ser

removidos os obstáculos de tipo ideológico que, no período liberal, eram adversos a quaisquer vinculações ou limitações do direito de propriedade.

É assim patente a distância que medeia entre a aventura de TROPLONG e as posições, já sedimentadas, de autores que, actualmente, proclamam a natureza real do direito do locatário.

De qualquer forma a doutrina contrária não desarma: segura da tradição e do seu domínio absoluto a nível forense, é sustentada por nomes significativos, colocados na ponta da civilística continental. A título de mero exemplo, temos LARENZ na Alemanha, MIRABELLI, em Itália, MAZEAUD, em França e PEREIRA COELHO, em Portugal.

Convém, também, ter presente o reforço inesperado — e quiçá imerecido — que a doutrina de GIORGIANNI sobre os direitos de gozo, tão arrojada na sua concepção e tão cautelosa quanto às conclusões, veio trazer à concepção pessoalista e que tão larga influência tem exercido em Itália.

VI. Pensamos que existem, hoje, elementos seguros que permitem rever a posição ainda maioritária, da natureza pessoal do direito do locatário. E essa revisão, é, face ao Direito positivo português, ainda mais fácil do que na generalidade dos ordenamentos continentais do Ocidente onde, com dificuldade, se tem vindo a verificar.

4. *REPENSAR O DIREITO SUBJECTIVO*

I. Antes de entrar na matéria de fundo, parece pertinente referenciar o actual ponto da situação em matéria de direito subjectivo e de direito real, conseguindo, assim, apoios para os desenvolvimentos subsequentes.

II. A doutrina do direito subjectivo dividia-se, no século passado, entre duas tendências, de que WINDSCHEID e IHERING foram, respectivamente, os mais conhecidos expoentes. A primeira, herdeira, neste ponto, da civilística liberal que

partia da pessoa humana individualmente considerada para a construção do direito civil, definia o direito subjectivo como o poder soberano concedido pela ordem jurídica à vontade individual (19). A segunda, representante, por excelência, da pandectística alemã a quem se deve um direito civil despersonalizado, mas de alto nível científico, contrapunha o direito subjectivo entendido como um interesse juridicamente tutelado (20).

III. Ultrapassado o incidente das doutrinas negativistas, de que as mais significativas sequelas se traduzem, ainda hoje, nos autores que, como NAWIASKY (21), definem direito

(19) *Diritto delle Pandette*, tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Reimpressão, vol. I, Turim, 1930, p. 106.

(20) Sobre esta matéria, vide, por exemplo CASTRO MENDES, *Teoria Geral* cit., II, pp. 5 e ss.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1972, I, pp. 3 e ss.; MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, Capítulo II, pp. 27 e ss.; JOSÉ TAVARES, *Princípios Fundamentais* cit., I, p. 185; LUIS CABRAL DE MONCADA, *Lições* cit., I, pp. 56 e ss.; NAWIASKY, *Teoria General del Derecho* (tradução castelhana) § 11, pp. 213 e ss.; ENNECCERUS, *Derecho Civil (Parte Generale)* revisto por NIPPERDEY, tradução de González e Alger, Barcelona, 1943, Tomo I, 1.º vol., § 65, pp. 287 e ss.; ALEX WEILL, *Droit Civil, Introduction Générale*, 2.ª ed., Paris, 1970, pp. 28 e ss.; CARBONNIER, *Droit Civil 1 — Introduction - Les Personnes*, 10.ª edição, Paris, 1974, pp. 179 e ss.; PAUL ROUBIER, *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris, 1963, pp. 63 e ss.; VITTORIO FROSINI, *Diritto Soggettivo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Milão, 1960, pp. 1047 e ss.; CESARINI SFORZA, *Diritto Soggettivo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milão, 1964, pp. 659 e ss.; FRANCESCO CICALA, *Il Rapporto Giuridico*, Milão, 1959, pp. 57 e ss., etc.

(21) Diz este autor (ob. cit., p. 218): «Direito subjectivo é uma norma jurídica estabelecida a favor de uma pessoa, cuja tutela depende da vontade individual de este; ou então o poder de disposição sobre a tutela jurídica estadual posto a favor de um interesse individual». Confere, também, a noção de AUGUST THON in *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo — Indagini di Teoria Generale del Diritto* (tradução italiana), Pádua, 1939, p. 133 e a de KELSEN, citada em FRANÇOIS LONGCHAMPS in *Quelques observations sur la notion de droit subjectif*, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo IX, Paris, 1964, p. 63.

subjectivo a partir do *momento coactivo* que nele descobrem, a doutrina vai tentar operar uma síntese. Surgem, então, definições tais como «interesse protegido por um poder» ou «poder do interesse» (22).

Pensamos que boa parte da doutrina actual continua presa no *dilema poder - interesse*. Fala-se assim, em «poder concedido pela ordem jurídica para a satisfação dos interesses humanos» (23), «poder individual de regular o comportamento de outrem de acordo com a ordem objectiva» (24) ou «poder concedido pela ordem jurídica para tutela de um interesse ou de um núcleo de interesses de uma ou mais pessoas determinadas» (25).

IV. Pensamos que a superação do dilema mencionado tem de ser procurada através do repensar das coordenadas gerais que informam o direito subjectivo e não apenas mediante arranjos tentados com os elementos que WINDSCHEID e IHERING nos legaram. E bastarão algumas palavras para justificar a afirmação produzida: o *poder da vontade* não pode intervir na noção de direito subjectivo porque há direitos onde a vontade falta de todo (26); outro tanto sucede com o *interesse* uma vez que existem interesses juridicamente tutelados que não são direitos subjectivos (27) e existem direitos subjectivos que não acarretam para o seu titular, qualquer interesse, nem objectivo, nem subjectivo (28).

(22) É a posição de IELLINEK, BEKKER, MICHOU, FERRARA, etc.

(23) ENNECCERUS, *ob. cit.*, I, vol. 1.º, p. 291.

(24) SFORZA, *Diritto Soggettivo*, cit., p. 694.

(25) CASTRO MENDES, *Teoria Geral* cit., II, p. 20.

(26) São clássicos os exemplos do menor, do demente ou até, simplesmente, da pessoa que ignora a existência de um direito seu. Ninguém pensaria, hoje em dia, defender esta concepção com o sofisma da imputação da vontade alheia, através do nexo de representação.

(27) Os «interesses reflexamente protegidos»; vide o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil.

(28) Pense-se no proprietário da coisa *absolutamente deteriorada*; ainda que o interesse seja nulo, *objectiva* ou *subjectivamente* considerado, o direito subsiste a menos que seja actuado o instituto do *abandono*.

Devem também ser evitadas as tentativas, aliás muito em voga, que reconduzem o *direito subjectivo* a um *poder jurídico* em sentido técnico. De facto, surge-nos, aqui, uma confusão entre o direito subjectivo e poder jurídico, que sendo cientificamente nociva, conduz a resultados indesejáveis.

De facto, o *direito subjectivo* compreende, no seu conteúdo, *inúmeros poderes*, conjuntamente com realidades jurídicas diversas, tais como *expectativas*, *pretensões* e, até, *deveres*. Pense-se no direito de propriedade. É pois uma situação complexa, de tipo finalista, ao passo que o poder, noção elementar de grande precisão técnica, traduz a «disponibilidade de meios para atingir um determinado fim» (29).

V. A existência e a essência do direito subjectivo devem ser procuradas nas *normas permissivas*, apanágio de qualquer ordem jurídica (30). A permissão normativa destina-se a possibilitar ao sujeito o aproveitamento de qualquer utilidade, de um bem, no mais lato sentido do termo. Esse bem é entregue aos fins do sujeito beneficiário da permissão que disporá de todos os meios jurídicos necessários para efectivar o seu aproveitamento (31), sujeitando-se a todas as condições determinadas para a permissão (32).

Entendemos o direito subjectivo como a permissão normativa do aproveitamento de determinado bem (33), o que é

(29) GOMES DA SILVA, *O Dever de Indemnizar* cit., p. 46. Esta noção de poder é perfilhada, por exemplo, por PAULO CUNHA, CASTRO MENDES e OLIVEIRA ASCENSÃO.

(30) GEORGES KALINOWSKI, *Logique et philosophie du droit subjectif*, *Archives*, cit., pp. 37 e ss.

(31) *Maxime* poderes jurídicos.

(32) *Maxime* vinculações jurídicas.

(33) Pensamos que uma orientação deste tipo não é desconhecida da doutrina mais recente, embora *carecendo de uma formulação cabal*. Vide, por exemplo, JORGE DEL VECCHIO, *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho*, tradução de Escofet, Barcelona, 1962, pp. 175 e ss.; TOMAS GIVANOVITCH, in *Système de Philosophie Juridique Synthétique*, Paris, 1970, p. 212; G. MICHAÉLIDES-NOVAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n.º 64, 1966, p. 235, MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo I, 1.º vol., 5.ª edi-

dizer, a liberdade do seu titular na utilização de determinado bem e o respeito dos não titulares por essa utilização (34).

O que há de mais característico no direito subjectivo, para nós, não é a vontade que pode faltar, não é o poder que pode estar ausente, não ser exercitado ou ser insuficiente e não é, tão pouco, o interesse que existe em tudo o que é humano e que pode, no direito subjectivo, ser negativo. A essência do direito subjectivo é antes a situação de liberdade, de disponibilidade, de afectação de um bem em relação aos fins de certa pessoa. Razão pela qual acolhemos, em tempo, embora *formalmente*, a noção que de direito subjectivo nos dá GOMES DA SILVA: «a afectação jurídica de um bem à realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas» (35).

5. REFORMULAR O DIREITO REAL

I. É pobre a elaboração científica do direito real. Esse estado de coisas foi determinantemente ditado, por um lado, pela especialização dos juristas, que limitou a acção da teoria do direito a considerações teóricas sobre o direito subjectivo, restringindo, paralelamente, o estudo dos direitos reais às peculiaridades dogmático-positivas de cada figura real e, por

ção, Paris, 1972, n.º 155, p. 194; JEAU CHEVALIER, *Droit Civil*, 5.ª edição, Paris, 1972, p. 21; EUGEN BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, p. 191, *maxime*, etc. Quanto ao conceito de direito subjectivo dos países do leste europeu, vejam-se as considerações de RADOMIR LUKIC, *Théorie de l'Etat et du Droit*, Paris, 1974, p. 442.

(34) No fundo, é esta a ideia que nos legaram os ideólogos da Revolução Francesa, ideia esta cuja oportunidade, contestada apenas no que toca à propriedade privada e à liberdade de utilizar o trabalho alheio, foi recebida pelas ordens jurídicas civilizadas existentes.

(35) *O Dever de Indemnizar* cit., p. 85. Preconizámos esta aproximação nos nossos *Direitos Reais* cit., I volume, n.º 105, III. Para clarificar o nosso pensamento, viemos, contudo, a definir o direito subjectivo, apenas, como a permissão jurídico-privada de aproveitamento de determinado bem, prescindindo, assim, da fórmula feliz de GOMES DA SILVA. Cf. o nosso *Direito das Obrigações* cit., vol. I, n.º 17, nota (29).

outro, pela própria estrutura positiva do Direito das Coisas, carecida de uma regulamentação geral e sujeita a tratar institutos jurídicos de grande diversidade⁽³⁶⁾. O conceito de direito real só excepcionalmente demonstrou uma dinâmica própria, tendo seguido, com atraso, os avanços e recuos da civilística em geral.

Podemos, assim, compreender a evolução recente que o conceito de direito real⁽³⁷⁾, induzido da «actio in rem» criada pelo génio dos antigos jurisperitos romanos, conheceu nos diversos países de direito continental.

II. Ao longo do século XIX, o conceito de direito real era extraído do de propriedade, entendida como o prolongamento externo da pessoa humana, sempre individualisticamente considerada.

Para além disso, dominava uma visão empírica do direito sobre coisas, visão essa reforçada por um certo cientismo naturalista que impregnava os estudos sociais. O direito real vai, assim, ser definido como *poder directo e immediato sobre uma coisa*. Os clássicos tratadistas franceses foram, por vocação, os grandes arautos desta concepção.

Mas as luzes provenientes da pandectística alemã, que elevava a *relação jurídica* à categoria de instrumento científico por excelência unificador dos estudos jurídicos, impuseram um recuo nítido à concepção clássica, obrigando-a a adaptar-se, para sobreviver.

Assim, WINDSCHEID faz notar o absurdo de um direito desinserido da vida de relação e o absurdo não menor de uma relação pessoa-coisa.

(36) De facto, só a um nível elevado de abstracção é possível descobrir as semelhanças existentes, por exemplo, entre a propriedade plena, a hipoteca, a servidão de vistas e a promessa real (art. 413.º do Código Civil).

(37) Não podemos nesta simples introdução a um estudo monográfico, indicar o *iter* seguido em relação às afirmações subsequentes; remetemos para os nossos *Direitos Reais* cit., I, volume, pp. 309 a 351, onde se indica a bibliografia.

As necessidades da relação intersubjectiva levaram à construção de uma relação absoluta: o direito real é objecto (ou conteúdo) de uma relação jurídica *em que é sujeito activo o titular do direito real e sujeitos passivos todos os outros sujeitos existentes, obrigados a não interferir no direito em causa*. Esta noção, adaptada por ROGUIN, passou também a França, tendo-lhe ficado, especialmente, ligado o nome de PLANIOL. Por oposição à tese clássica, esta definição ficou conhecida por moderna.

III. Mas se o poder directo e imediato pecava por excesso de empirismo, a relação absoluta pecava por defeito: acabava por olvidar a própria coisa, objecto do direito real. Com antecedentes em PICARD, HOLDER e BEKKER, coube a RIGAUD (38), com o fito declarado de salvar da tese clássica o máximo possível, tentar a harmonização das correntes desavindas: no direito real haveria duas faces: uma, interna, dirigida directa e imediatamente a uma coisa e outra, externa, dirigida contra todos os outros sujeitos do ordenamento jurídico, vinculando-os ao respeito pela situação jurídica assim criada. Trata-se, como se vê, de uma *noção mista* de direito real que teve larga expansão na doutrina do seu tempo, nomeadamente em França, Itália, Espanha e Portugal.

IV. Mas esta situação só formalmente podia satisfazer os estudiosos. As concepções clássica e moderna, de que a tese mista constituiu auto-proclamada «síntese» ou «superação», não estavam, apenas, incompletas, permitindo, a sua junção, descobrir o verdadeiro conceito de direito real, nas palavras de JAIME DE GOUVEIA. Eram intrinsecamente insustentáveis de tal forma que a pretensa harmonização reunia, à nascença, os vícios dos seus elementos componentes, acrescentando a impossibilidade manifesta em conseguir conciliar, simetricamente, um poder directo, dirigido a uma coisa, com um poder absoluto, virado «*erga omnes*».

É extenso o requisitório articulado contra as teses clássica e moderna, movido a partir de quadrantes distintos, requisitório

(38) Em 1912.

esse que atinge, em grande parte, também os autores que se reclamam dum eclectismo salutar. Bastam, porém, dois reparos para justificar a necessidade de reformular a questão «ab initio»:

- 1.º O direito real não pode ser um poder porque é um direito subjectivo (39);
- 2.º O direito real não se pode integrar numa relação absoluta porque esta é logicamente inconcebível (40).

A descoberta de «faces» e «lados» no direito real nunca poderá evitar estes vícios, que estruturalmente a inquinam.

V. A necessidade de reformular o conceito de direito real tem vindo a ser progressivamente reconhecida; assim CHAUVEAU (41), GIORGIANNI (42), GINOSSAR (43) OLIVEIRA ASCENSÃO (44). Em alternativa — e é o caso da actual civilística alemã (45) — a doutrina ou opta maqui-

(39) Remetemos, neste ponto, para quanto se disse sobre o direito subjectivo, entendido como poder.

(40) Uma relação estabelece-se entre dois polos pré-determinados; a relação absoluta estabelece-se entre um polo e determina, por exclusão, ela própria, o outro ... Tão pouco convence a «relação absoluta condicional», de acordo com a qual o direito real não seria oposto a todos, mas oponível apenas àqueles que pudessem violá-lo: de facto e a menos que se pretenda uma definição probabilística de direito real, como qualquer pode sempre violar qualquer direito real, o direito oponível a todos opor-se-ia, desde logo, a todos ...

(41) MAXIME CHAUVEAU, «Classification des droits réels et personnels», na *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1931, p. 545.

(42) MICHELE GIORGIANNI, «Diritti Reali», no *Novissimo Digesto Italiano*, IV, pp. 748 e ss., por exemplo.

(43) SHALEV GINOSSAR, *Droit Réel, Propriété et Créance*, Paris, 1960, pp. 1 a 18; *Rights in Rem — A New Approach*, in *Israel Law Review*, vol. 14, Jerusalém, 1979, pp. 287 e ss.

(44) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, Lisboa, 1971, pp. 70 e ss.

(45) FRIEDRICH LENT e KARL HEINZ SCHWAB, *Sachenrecht*, 17.ª edição, Munique, 1979, p. 1; FRITZ BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 10.ª edição, Munique, 1978, pp. 6 e 26; ERNST WOLF, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Colónia, Bona, Berlim e Munique, 1971, p. 1; JULIUS VON GIERKE, *Bürgerliches Recht — Sachenrecht*, 3.ª edição, Berlim, Göttingen

nalmente pela concepção clássica, a que é possível detectar um certo retorno, em nome dum realismo pedagógico necessário, acrescentando-lhe, por vezes, certos atributos modernos, como a absolutidade, ou se desinteressa pelo problema, reconhecendo a impossibilidade de avançar cientificamente numa matéria que deve a sua configuração a contingências históricas complexas.

VI. Pela nossa parte aderimos, francamente, à tendência que reconhece o fracasso das tentativas clássica e moderna de formular o direito real e a necessidade de encontrar uma reformulação.

Como ponto prévio necessário, há que deixar bem claro que o direito real, seja qual for o entendimento seguido, *só pode ser aferido em relação a coisas corpóreas*. E isso por uma *razão de ordem lógica* e por *uma razão de ordem positiva*. *Logicamente*, o Direito não pode deixar de reconhecer a existência, na vida social, das coisas corpóreas. Estas, pela sua própria especificidade natural, tenderão, fatalmente, a exigir uma regulamentação específica. Dada a grande compreensão do conceito de coisa incorpórea, podemos afirmar que, se o Direito das Coisas fosse o Direito das «res», em geral, acabaria por confundir-se com todo o Direito patrimonial, ficando sem designação o ramo, imposto pela natureza das coisas, dedicado ao aproveitamento das coisas corpóreas. *Positivamente*, cremos que o Código Civil vigente acolhe, no seu artigo 1302.º, a orientação do BGB de só admitir direitos reais sobre coisas corpóreas (46).

Feita esta precisão, podemos proclamar que o conceito de direito real deve resultar da aproximação do conceito de direito subjectivo com o de coisas corpórea. Definimo-lo, assim, como *uma permissão jurídico-privada de aproveitamento de uma coisa corpórea*.

e Heidelberg, 1948, p. 1; HERMANN EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts*, I, Berlim, 1954, p. 2; PHILIPP HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, reimpressão da edição de 1930, Tübingen, 1970, p. 1.

VII. Deste conceito de direito real derivam certas características que permitem, na prática, distingui-lo doutros direitos subjectivos (47).

Assim, em primeiro lugar, a *inerência* do direito à coisa: a norma jurídica que consubstancia o direito real afere-se, directamente, à coisa-objecto, onde quer que ela se encontre, pondo-a sempre à disposição do titular.

Depois, a *sequela*, manifestação dinâmica da *inerência*, nos termos da qual o titular do direito real pode sempre, onde quer que a coisa se encontre, usar de meios jurídicos para reaver a coisa. Em rigor, aliás, a *sequela* não é tanto uma característica dos direitos reais, como um traço comum dos seus regimes, induzido da *inerência* (48).

Seguidamente, a *tipicidade* que, imposta pelo artigo 1306.º, n.º 1, do Código Civil português, redundava em que só são juridicamente viáveis os direitos reais admitidos, nessa qualidade, por lei.

Finalmente, a *publicidade*, segundo a qual o direito real, dada a especificidade do seu objecto, tende sempre a ser conhecida pelos sujeitos do ordenamento, seja através da posse, seja através do registo.

Destas características, só a *inerência* e a *sequela* são resultantes lógicas irresistíveis do próprio conceito de direito real: a *tipicidade* é uma necessidade imposta por lei e a *publicidade* tem natureza meramente tendencial (49).

(46) O artigo 1302.º refere, apenas, o direito de propriedade. É, porém, sabido que o Código Civil, privado de um capítulo geral dedicado aos direitos reais, teve de tratar, a propósito da propriedade, dos princípios comuns ao Direito das Coisas.

Sobre o conceito de coisa corpórea, vide os nossos *Direitos Reais*, I volume, n.º 89.

(47) Desenvolvemos esta matéria nos nossos *Direitos Reais* cit., I volume, pp. 363 a 478.

(48) É estranho notar que a literatura alemã não menciona qualquer *sequela*, sem que se tenha suscitado a curiosidade dos autores latinos.

(49) Não reconhecemos como características do direito real a *pretensa absolutidade* e a *chamada prevalência ou preferéncia*; a primeira por ser característica comum de todos os direitos subjectivos, com excepções,

VIII. Permitimo-nos, desde já, avançar que, embora a concepção que imodestamente propomos permita remover várias dificuldades no tocante a uma precisa qualificação do direito do locatário, dela não depende, de forma alguma, a conclusão final do nosso trabalho. Ou, pelo menos, assim o tentaremos demonstrar.

6. A VITALIDADE DO DIREITO CIVIL

I. O Direito Civil faz chegar, até nós, esquemas de pensamento experimentados ao longo de milênios. Solidamente estruturado em torno dos seus dois pilares fundamentais — a *liberdade* e a *igualdade* — com a correlativa consagração da *autonomia privada* e da *propriedade*, em sentido amplo, — o Direito Civil, no seu núcleo fundamental, tem sobrevivido às mais diversas e, por vezes, radicais, revoluções económico-sociais (50).

II. Esta subsistência não pode deixar de ser aproximada da própria natureza humana e da natureza das coisas. Mas não derivará, também, da capacidade de adaptação dos conceitos civis a uma realidade histórica em permanente evolução?

Para além dos aspectos estritamente dogmáticos que nos vão ocupar, não queríamos deixar de referir que a questão da natureza do direito do locatário releva, também, para uma apreciação da capacidade que o Direito Civil tenha de, sem pôr em causa a sua essência, tragar novas relações sociais.

Caso a resposta seja positiva, a vitalidade do Direito Civil será reforçada.

que se verificam, também, nos direitos reais; a segunda por ser, apenas, uma imagem, sem conteúdo jurídico. Para uma fundamentação mais cabal, com bibliografia, remetemos para os nossos *Direitos Reais*, I volume, pp. 417 e ss. e pp. 444 e ss., respectivamente; pelo prisma dos créditos, vide o nosso *Direito das Obrigações* cit., I, n.º 91 e ss.

(50) Chamamos a atenção para a recente progressão do Direito Civil dos países socialistas do Leste europeu. Cf. as nossas *Noções Gerais de Direito* cit., n.º 45, V; documentamo-nos, sobretudo, em GABRIELE CRESPI REGHIZZI, *L'Impresa nel Diritto Sovietico*, Pádua, 1969.

CAPÍTULO I

A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO
NA HISTÓRIA E NO DIREITO COMPARADO§ 2.º A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO
NA HISTÓRIA

7. A LOCAÇÃO NO DIREITO ROMANO

I. Na jurisprudência clássica e na compilação justiniana a locação era um dos quatro contratos consensuais (1), conjuntamente com a compra e venda, a sociedade e o mandato (2). Tratava-se de um instituto de *ius gentium*: sendo imposto pela *naturalis ratio*, aplicava-se a *cives* e a *perigrini* (3) (4).

II. Fazem contudo notar os romanistas que só num momento posterior da evolução do direito romano (5) a locação atingiu a consensualidade (6). Antes disso, era dotada de

(1) Vide ANTONIO MASI, *Locazione (Storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, 1974, p. 908.

(2) Diz GAIO, I, 3,22: «consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis». Confere PIETRO BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, tradução de Larrosa e Horma, Madrid, s/d, § 162 e ss. (pp. 488 e ss.), *maxime* § 163 (pp. 496 e ss.).

(3) Vide RAUL VENTURA, *Manual de Direito Romano*, Lisboa, 1964, n.º 55 e 56; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, Coimbra, 1969, p. 45.

(4) Quanto ao significado de *locare* e *conducere* na língua literária da República, vide LUIGI AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, no *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, LXII, 1959, pp. 21 e ss.

(5) P. GIRARD, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 5.ª ed., Paris, 1911, p. 568.

(6) LUIGI AMIRANTE, *Locazione (in Generale) Diritto Romano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, pp. 992 e ss.

autêntica eficácia transmissiva de direitos, consumada com a tradição, afirmando GIRARD (7) que a sua natureza seria então, real (8).

A origem da locação é bastante controversa (9): querem alguns autores que ela tenha derivado do *precarium* (10); outros fazem expressa referência ao facto de as locações particulares terem sido precedidas de locações públicas (11), tendo o *ager vectigalis* carácter enfiteutico (12).

Certo parece, porém, ser que, inicialmente, a locação de coisas era *muito semelhante à compra e venda*, quer do ponto de vista económico, quer do ponto de vista jurídico (13), dela se distinguindo, praticamente, pela obrigação de restituir a coisa (14).

Nada indiciaria, por isso, uma radical diferença entre o direito do locatário e os direitos a que, muito mais tarde, se convencionaria chamar de reais.

III. Pretende alguma doutrina (15) — porventura ainda dominante — que no direito clássico a locação compreendia três modalidades bem definidas:

— «locatio-conductio rei» (locação de coisas);

(7) *Ob. cit.*, comparado com pp. 535 e ss.

(8) Contra, MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo III, vol. II, *Principaux Contrats*, Paris, 1972, p. 296 (n.º 1066).

(9) Confere MASI, *ob. cit.*, pp. 911 e ss.

(10) EMILIO COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, Turim, 1915, p. 23.

(11) VAZ SERRA, *A Enfiteuse no Direito Romano, Peninsular e Português*, 1.º vol., Coimbra, 1925, p. 40

(12) VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 37.

(13) Vide C. ALZON, *Réflexions sur l'Histoire de la Locatio-conductio*, na *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, Paris, 1963, p. 558.

(14) C. ALZON, *ob. cit.*, p. 562.

(15) GIRARD, *ob. cit.*, p. 571; VITTORIO DEVILLA, *Locazione (Diritto Romano) no Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, p. 998; RICCARDO FUBINI e CARLO SEQUI, *Locazione di Cose no Nuovo Digesto cit.*, VII, p. 1000, focando as repercursões da tripartição clássica; MASI, *ob. cit.*, desenvolve os três tipos de «locação» a pp. 912, 913 e 914; C. ALZON, nas *Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio cit.*, maxime a p. 591, que procura rebater a tese contrária.

- «locatio-conductio operarum» (contrato de trabalho);
- «locatio-conductio operis faciendo» (contrato de prestação de serviço).

No entanto, tem-se contra-argumentado, com inegável verosimilhança que os romanos conheciam bem as diferenças essenciais existentes entre os três tipos de locação, de tal forma que nunca a teriam tratado unitariamente; de facto, o que de mais característico existe na locação é a temporaneidade e a obrigação de restituir a coisa, só concebível na *locatio rei* (16).

IV. Consideremos alguns traços do regime da *locatio rei*. Para a sua verificação eram elementos essenciais: a próprio coisa, utilizada pelo locatário e a *merces* (renda) *certa e vera*, com excepção do solo produtivo onde podia ser ajustada uma determinada percentagem dos frutos colhidos (*colonia paritaria*) (17). O regime da locação era bastante semelhante ao nosso. A *Lex Aede* veio impedir o locador de expulsar arbitrariamente o locatário, inclusive utilizando contra ele as acções possessórias; de facto, sendo o locatário possuidor *nomine alieno*, não teria qualquer posse oponível à do locador (18). Para a expulsão passou então a exigir-se:

- a) Ou abuso de gozo;
- b) Ou não pagamento da *merces*;
- c) Ou necessidade urgente da coisa, por parte do locador.

(16) MASI, *ob. cit.*, p. 909. Esta doutrina foi, particularmente, defendida por LUIGI AMIRANTE, *Ricerca in tema di locazione* cit., *maxime* pp. 116 e ss., encontrando-se-lhe associados nomes como os de ARANGIO-RUIZ e UGO BRASIELLO. Não têm faltado defensores de outras posições, tais como as da bipartição da *locatio-conductio*. Cf. FRANÇOIS-PAUL BLANC, *Unité, bipartition ou tripartition de la locatio-conductio*, in *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Lyon*, 1975, I, pp. 39 e ss., *maxime* p. 48.

(17) Por todos, GIRARD, *ob. cit.*, p. 570.

(18) DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1952, p. 12. Em sentido diverso, TROPLONG, in *De l'Echange et du Louage*, 3.^a edição, Paris, 1859, vol. II, p. 18, n.º 475 (integrado na sua obra monumental *Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles du Code*).

A situação locativa também se poderia extinguir:

- a) por distrate (19);
- b) por vontade unilateral do locatário, exigindo-se que, em caso de haver termo, se demonstrasse a falta de reparação da coisa locada (20).

Parece haver consenso entre os autores em que, havendo alienação da coisa locada, o adquirente podia expulsar o locatário. Existe porém divergência entre os peritos romanistas quanto aos efeitos desta expulsão. Segundo GIRARD o adquirente teria de indemnizar o locatário (21), ao passo que, segundo COSTA, o locatário poderia, antes, accionar o alienante por faltar à obrigação de lhe assegurar o gozo (22), opinião que nos parece mais lógica. Seja como for, este princípio ficou conhecido como *emptori* por ter sido especialmente lembrado numa constituição de ALEXANDRO SEVERO (23): *emptori fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit* (24).

8. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO ROMANO

I. Os romanos não tinham ainda autonomizado a noção de direito subjectivo, tal como a conhecemos, hoje em dia (25). Consequentemente não podiam ter ideias claras quanto à distinção *direitos reais* — *direitos de crédito* (26), razão porque o

(19) GIRARD, *ob. cit.*, p. 573.

(20) GIRARD, *ob. cit.*, p. 574.

(21) *Ob. cit.*, p. 574, nota 5.

(22) *Ob. cit.*, p. 68.

(23) Vide TROPLONG, *ob. cit.*, II, p. 17; Confere ALMEIDA RIBEIRO, *Natureza Jurídica do Direito do Arrendatário*, nesta Revista, ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1948, pp. 180-181.

(24) C. 19.2.25.1.

(25) Embora, como diz JEAN DABIN em *Droit Subjectif et Subjectivisme Juridique*, *Archives cit.*, p. 19, conhecessem bem as prerrogativas concedidas aos particulares pelo *Ius*.

(26) Por exemplo, PUGLIESE, *Diritti Reali na Enciclopedia del Diritto*, vol. XII; contra a doutrina dominante, GAETANO SCHE-

problema da natureza da locação no direito romano só pode ser levantado com reservas.

Ao sujeito jurídico não eram atribuídos *direitos* — no sentido de uma situação da vida real ser reconhecida como jurídica por, *em abstracto*, uma norma jurídica a abarcar, em determinados termos, na sua estatuição — mas sim *acções* — por, *em concreto*, o interessado poder dirigir-se ao magistrado e pedir certas providências. No *sistema das acções* vamos encontrar a mais remota autonomização do âmbito dos direitos reais e dos direitos de crédito:

- quando a pretensão do autor da acção era fundada numa obrigação do réu, a acção era dita contra a pessoa — *in personam*;
- quando essa pretensão era fundada na pertença de uma coisa ou noutro direito sobre ela, a acção era dita contra a coisa — *in rem* (27);

II. No sistema das acções, o locatário dispunha da *actio conducti* para conseguir o cumprimento da obrigação do locador de «fornecer o gozo da coisa» (28), por seu turno, o locador

RILLO em *Il concetto di diritti reali (Considerazioni Storico-Dogmatiche) — Studi in Onore di Emilio Betti*, vol. IV, pp. 81 e ss., pretende, contudo, que os romanos «... individualizaram a categoria (dos direitos reais) e indicaram o critério distintivo entre os direitos reais e as obrigações com suma precisão». O autor baseia a sua afirmação na terminologia, na sistematização e em diversas passagens dos antigos (pp. 82 a 85 e ss.).

(27) Esses dois tipos de acções, bem como a sua natureza, resultam claros da sua diversa estrutura formal. Assim, na *acção real a intentio* tinha a configuração académica seguinte: *Si paret hominem ex iure Quiritium Auli Agerii ...*, contrapondo-se à *acção pessoal*, cuja *intentio* articulava: *Si paret Numerio Negidium Aulo Agerio sestercium decem milia dare oportere ...* A distinção era, porém, esbatida por acções de natureza mista que relevavam, simultaneamente, de reais e pessoais; PAUL OURLIAC e J. DE MALAFOSSE in *Droit Romain et Ancien Droit*, vol. II, *Les Biens* exemplificam com as acções *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*, acrescentando que no período de JUSTINIANO a acção de reivindicação, real por excelência, podia ser utilizada para a cobrança de créditos (p. 35).

(28) GIRARD, *ob. cit.*, p. 572; AMIRANTE, *ob. cit.*, p. 994; COSTA, *ob. cit.*, p. 27.

podia utilizar a *actio locati* para receber as *merces*. Ora ambas estas acções eram *actiones in personam*, o que parece indicar a natureza pessoal dos direitos por elas defendidos.

Por outro lado, todos os autores afirmam que a existência do princípio *emptori* leva, realmente, a crer que a coisa não era directamente atingida, em termos reais. Citamos COSTA: «Perante terceiros, o locatário tem fundamentalmente a condição de representante do locador na posse que este exerce por seu meio sobre o fundo locado» (29).

III. Mas não se pense que o locatário não tinha, no direito romano, adequada protecção contra terceiros; de facto dispunha, para esse efeito, de um número apreciável de acções; assim: contra furtos, a *actio furti* (30); contra roubos, a *actio vi bonorum raptorum* (31); contra violação de imóveis a *actio iniuriam* (32) e até o interdito *unde vi*.

Dizia expressamente ULPIANO «... *et si dominus fundum locaverit in que eum impetus factus sit, colonus aget, non dominus*» (33). cremos que esta passagem seria suficiente, pelo menos, para levantar dúvidas contra o pacífico entendimento da locação como direito pessoal, no pensamento jurídico romano. A utilidade de semelhante indagação seria, contudo, escassa, considerado o formalismo do sistema das acções.

9. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO ANTIGO DIREITO PORTUGUÊS

I. Nos primórdios da nacionalidade, o grande florescimento do direito consuetudinário local não permite o estabelecimento unitário do regime da locação em geral e do arrendamento em especial. A sua natureza seria, porém, conside-

(29) *Ob. cit.*, p. 87.

(30) COSTA, *ob. cit.*, p. 87.

(31) *Idem*, p. 89.

(32) *Idem*, p. 90.

(33) D. 47.10.5.4. Na tradução de ÁLVARO D'ORS (*El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975) vide o 3.º volume, p. 642.

rada pessoal, dada a precaridade da situação do locador⁽³⁴⁾. Além disso, a grande expansão conhecida pela *enfiteuse* e outras figuras afins, cuja natureza é, aliás discutida, e a ampla liberdade de que disfrutavam as partes no ajuste das cláusulas dos respectivos contratos⁽³⁵⁾ levariam as pessoas a recorrerem a ela, sempre que pretendessem evitar os inconvenientes de uma relação meramente creditória.

II. As Ordenações Afonsinas, provavelmente por influência do direito romano, vieram impor a verificação de determinadas condições para a expulsão do locatário antes do prazo⁽³⁶⁾. De qualquer forma, não deixaria de haver uma certa confusão, entre contratos de arrendamento e contratos enfiteúticos; assim, por exemplo, mencionam-se «locações perpétuas»⁽³⁷⁾, quando a existência de um termo é, face ao direito comum — *pelo menos em teoria* — um dos elementos específicos do contrato de locação.

III. As Ordenações Filipinas colocaram o regime da locação, praticamente, ao nível actual, sob o título de «locação

(34) Aspecto pitoresco primitivo, depois abolido, era o de o locador poder fazer arresto, por si mesmo, de tudo o que encontrasse na casa locada, no caso de mora do locatário no pagamento das rendas. Vide GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, 2.^a edição dirigida por TORQUATO DE SOUSA SOARES, tomo VII, Lisboa, 1949, pp. 14 e ss.

(35) Quanto à duração, vide ALMEIDA COSTA, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra, 1957, pp. 154-155.

(36) GAMA BARROS, *ob. cit.*, p. 15.

(37) VAZ SERRA, *A Enfiteuse* cit., II vol., p. 79, fala na «proibição de locações perpétuas de bens de Igreja», para designar a marcação de termo necessária às respectivas enfiteuses. MAZEAUD, *ob. cit.*, III, vol. 2.^o, p. 297, dizem que na Idade Média se teria chegado a uma perfeita distinção das figuras; parece que depois se arrepiou caminho, falando os próprios MAZEAUD (*ob. cit.*, II, vol. 2.^o p. 5) na enfiteuse que, pela sua natureza, seria um *direito pessoal*. Confere CHAUVEAU in *Classification Nouvelle des Droits Réels et des Droits de Créance*, cit., p. 552, nota (1); JACQUES AZEMA in *La durée des contrats successifs*, Paris, 1969, p. 16, confunde locação, enfiteuse e censo, etc.

-condução». Era, porém, mais compreensiva; uma vez que abarcava, além da locação de coisas a locação de obras (38). Aí estavam claramente consignadas as obrigações de entrega e conservação e de garantia, por parte do locador, e as obrigações de uso cuidado, de restituição e de pagamento de aluguer, por parte do «condutor».

A questão da natureza do direito do locatário não era discutida *ex professo*. A defesa da sua natureza real seria, contudo, problemática, uma vez que vigorava a regra *emptio tollit locatum*, por influência do direito romano. Era, contudo, limitada. Segundo LOBÃO (39), no caso da venda de bens de raiz, o comprador seria obrigado a manter o arrendamento feito pelo vendedor quando:

- a) Assim se tivesse estipulado na venda;
- b) Se, depois da venda, expressa ou tacitamente se consentiu na manutenção;
- c) Se o prédio estava hipotecado como garantia pelo arrendamento;
- d) Se o arrendatário se oferecer para pagar ao comprador perdas e interesses resultantes da venda.

Chamamos a atenção para o facto de COELHO DA ROCHA defender já, *de iure condendo*, a introdução do princípio *emptio non tollit locatum*, à semelhança do que fizera o art. 1743.º, do Código Napoleão (40).

(38) Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, 8.ª edição aperfeiçoada, Lisboa, 1917, 2.º volume, pp. 565 e ss.

(39) Citado em COELHO DA ROCHA, nas *Instituições de Direito Civil Português* cit., II, volume, p. 569.

(40) *Ob. cit.*, p. 570, em nota.

§ 3.º A NATUREZA DA LOCAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

10. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO FRANCÊS

I. Da tripartição clássica da «*locatio-conductio*» recebeu o Código Napoleão duas espécies essenciais de contrato de locação: a locação de coisas e a locação de trabalho (41). Reportando-nos à locação de coisas, interessa referir as modalidades do «*bail à loyer*» — a locação de casas e de móveis — do «*bail à ferme*» — a locação de bens rústicos — e do «*bail à cheptel*» — locação de animais, algo próxima da nossa parceria pecuária (42). Cada uma destas modalidades subdivide-se, ainda, em várias outras modalidades, constando inúmeros aspectos parcelares de legislação extravagante crescente (43).

II. No campo das generalidades, podemos considerar que o regime da locação de coisas, em França, não se afasta fundamentalmente do figurino latino, que vigora, também, entre nós. O locador está obrigado, pelo contrato, a entregar a coisa locada ao locatário, mantendo-a em bom estado e assegurando-lhe o gozo pacífico, (art. 1719.º) enquanto o locatário deve usar a coisa como bom pai de família, pagando o preço combinado (art. 1728.º). Chamamos a atenção para a quebra expressa do nosso conhecido princípio *emptio tollit locatum*, estabelecido pelo art. 1743.º: «Se o locador vende a coisa

(41) Artigo 1708.º do Código Civil francês.

(42) Artigo 1711.º do Código Civil francês.

(43) Veja-se, quanto aos «*baux ruraux*», o Código rural aprovado pelo Decreto de 16 de Abril de 1955, artigos 790.º e ss., com legislação subsequente (Vide ANNE-MARIE BOURGEOIS, *L'exploitation agricole dans la Législation Récente*, Paris, 1967, pp. 167 e ss.), quanto aos «*baux commerciaux*» o decreto n.º 53-960, de 30 de Setembro, quanto aos «*baux de locaux d'habitation ou à usage professionnel*» a Lei de 1 de Setembro de 1948.

locada, o adquirente não pode expulsar o caseiro, o colono parciário ou o locatário que tem uma locação autêntica e cuja data seja certa».

III. Foi na doutrina francesa que primeiro se levantou o problema da natureza no direito do locatário. Antes da entrada em vigor do Código Napoleão, a doutrina tradicional defendia a natureza real da *locação de fundos rústicos feita a longo termo* e da *locação vitalícia* (44). Fazia-se então notar que os efeitos produzidos por estes tipos de locação eram comparáveis à transferência do domínio útil, que se verificava no usufruto. Com a exegese surgida no rescaldo do Código Civil, a doutrina da realidade da locação foi, pela primeira vez, articulada por MERLIN e, depois, coerentemente, por TROPLONG (45). A tese de TROPLONG, cuja fundamentação examinaremos depois detidamente, teve alguma repercussão na França de então, tendo sido acolhida por algumas decisões judiciais (46) e defendida por vários autores, como JOZON, ROYER e YSEUX (47), embora com matizes várias.

IV. Rejeitada pelo tribunal da Cassação em 1865, de que era então presidente o próprio TROPLONG, a tese da realidade da locação teve, contra si, a esmagadora maioria da doutrina e a quase totalidade da jurisprudência dos tribunais, com uma ou outra exceção esporádica. Foi, no entanto, retomada por autores como DE VAREILLES-SOMIERES (48), CHAUVEAU (49), SAVATIER (50), DERRUP-

(44) Vide GIUSEPPE MIRABELLI, *La Locazione no Trattato di Diritto Civile Italiano* de FILIPPO VASSALLI, vol. 7.º, tomo 4.º, Turim, 1972, pp. 29-30.

(45) *De l'Echange et du Louage*, cit. vol. I, pp. 58 e ss. Vide JEAN DERRUPPÉ, *ob. cit.*, p. 16.

(46) Confere PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 3.ª edição, Paris, 1904, vol. II, p. 563.

(47) Citados em DERRUPPÉ, *ob. cit.*, p. 16.

(48) In *La définition et la notion juridique de la propriété*, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo IV, 1905, p. 456, nota (1): «Pour nous, le droit du fermier, du locataire, est, à l'évidence, un droit réel». O

PE (51) e, embora com a especificidade da utilização de um conceito pouco comum de direito real, GINOSSAR (52).

O fenómeno do contínuo incremento das faculdades do locatário, nomeadamente depois da primeira guerra mundial (53), tem levado a doutrina comum a afirmar, correntemente, a proximidade do seu direito do universo dos direitos reais ou a defender a solução da realidade, *de iure condendo*. A maioria dos autores continua, porém, presa aos esquemas antigos, embora não seja difícil vaticinar uma alteração, neste capítulo.

II. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO ITALIANO

I. O Código Italiano vigente trata a locação exclusivamente como locação de coisas. Distingue especialmente a locação de prédios urbanos (54) da locação de coisas produtivas, móveis ou imóveis (55) — *affitto* — com relevo para a locação

autor remeteu, no entanto, para mais tarde, a demonstração desta afirmação.

(49) Na *Classification nouvelle des droits réels et des droits personnels*, cit., pp. 569 e ss.

(50) RENÉ SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, LVI, 1958, que, a p. 339, escreve:

«... l'art. 1743 CC. rejetant la logique, jusqu'alors admise, du droit personnel, rapprochait d'un droit réel la créance du preneur, en la rendant opposable, non seulement au bailleur personnellement, mais aux acquéreurs de celui-ci».

(51) Que dedicou a sua tese à demonstração da natureza real do direito do locatário: *La Nature Juridique du Droit du Preneur à Bail et la Distinction des Droits Réels et des Droits de Créance*, Paris, 1952.

(52) In *Droit Réel, Propriété et Créance* cit., pp. 168 e ss.

(53) P. exemplo, vide JACQUES DÉJARDIN, *La Prorogation des Baux d'après les Lois de la Guerre*, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XX, 1921, pp. 57 a 92.

(54) Art. 1607.º e ss. Vide a Lei n.º 1521, de 21 de Dezembro de 1960.

(55) Art. 1610.º e ss.

de fundos rústicos (56) — *affitto di fondi rustici*. O regime geral da locação italiana não apresenta peculiaridades de monta: o *locador* deve entregar a coisa, mantendo-a em estado de servir ao uso acordado e garantindo o gozo pacífico à contraparte durante a locação (57), cabendo ao *locatário* recebê-la, utilizá-la com a diligência de um bom pai de família dentro da finalidade ajustada e pagar o correspectivo (58). A *emptio non tolit locatum* resulta clara do art. 1599.º: «O contrato de locação é oponível ao terceiro adquirente se tiver data certa anterior à locação da coisa» (59).

II. A ideia de que a locação concederia ao locatário um autêntico direito real surgiu no âmbito do anterior Código italiano, de 1865, com argumentação aliás semelhante à de TROPLONG, através de juristas como SAREDO e VILLA(60) e apoiada por nomes prestigiosos como GABBA (61). Defrontando uma doutrina hostil e sendo-lhe cerceadas as vias de uma realização jurisprudencial, a realidade da locação foi no entanto defendida por autores como BARBERO (62), FRANZI (63) e LAZZARA (64), já no âmbito do Código de 1942.

(56) Art. 1628.º e ss.

(57) Art. 1575.º

(58) Art. 1587.º

(59) Depois examinaremos os aparentes excepções que constam dos parágrafos seguintes deste artigo do *Codice Civile*.

(60) Vide LAZZARA, *Il Contratto di Locazione (Profili Dommatici)*, Milão, 1961, p. 115, nota (11). Confere MIRABELLI, *ob. cit.*, p. 36, que menciona também BORSARI e GIOVANNI SILVIO COCO, *Locazione*, na *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, 1974, p. 923, nota (41).

(61) *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 3.ª ed., vol. III, Turim, 1897, p. 20.

(62) *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. II, Milão, 1947, p. 48. DOMENICO BARBERO viria a modificar a sua opinião, por força da teoria de GIORGIANNI, defendendo hoje a pessoalidade da locação; vide o seu *Sistema del Diritto Privato Italiano*, 6.ª ed., Turim, 1965, II, p. 341.

(63) *Sulla Natura Giuridica del Diritto del Locatario*, Nápoles, 1949. Não pudemos consultar esta obra, que conhecemos por citações de LAZZARA, MIRABELLI e COCO.

III. A apresentação feita por GIORGIANNI, da teoria dos *direitos de gozo* (65) que permitiria qualificar o direito do locatário como *direito pessoal de gozo*, afastando boa parte da argumentação realista e transferindo a questão para a própria determinação do conceito de direito real, veio, muito oportunamente, defender a doutrina da personalidade da locação. A ela aderiram, com mais ou menos achegas, BARBERO (66), TABET (67), GUARINO (68), MIRABELLI (69) e SILVIO COCO (70). É inegável que a tese tradicional se encontra, neste momento, em Itália, muito mais amparada do que em França. A questão está, porém, longe de poder ser considerada como encerrada.

12. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO ALEMÃO

I. À semelhança do que vimos suceder no direito italiano, também no direito alemão o contrato de locação respeita apenas a coisas. Distingue-se, com nitidez, a locação propriamente dita — *Miete* (71) — da locação rural — *Pacht* (72) —, existindo algumas especificidades em matéria de arrendamento — *Miete von Grundstücken* — e de arrendamento de locais de habitação — *Miete von Wohnräumen* (73). O direito romano,

(64) *Locazione* ict., pp. 109 a 176.

(65) São fundamentais as suas obras *Contributo alla Teoria dei Diritto di Godimento su Cosa Altrui*, Milão, 1940, *L'Obbligazione*, Milão, 1955 e *Diritto Reali no Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, que depois referiremos com maior pormenor.

(66) *Sistema del Diritto Privato*, loc. cit.

(67) *Locazione (in generale)*, no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, pp. 1000 e ss.

(68) *Locazione*, integrada no *Trattato di Diritto Civile* de GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milão, 1965, p. 9.

(69) *Locazione* cit., pp. 83-84.

(70) *Locazione* cit., pp. 925 e ss.

(71) BGB, § 535 e ss.

(72) BGB, § 581 e ss.

(73) BGB, § 580, vg.

coado através da pandectística, ditou a sua orientação: o locador deve ceder a coisa locada ao locatário, em condições, e mantê-la nesse estado durante o tempo da locação (74); o locatário deve, em contrapartida, pagar a renda (75). O § 571.º afasta, expressamente, o princípio romano *emptio tollit locatum*, nos seguintes termos: «Seja o prédio arrendado depois da entrega ao arrendatário alienado pelo senhorio a um terceiro, então coloca-se o adquirente na posição do senhorio nos direitos e obrigações provenientes da relação locatícia, durante o período da sua propriedade» (76).

II. Existia no sistema germânico uma clara tradição no sentido da natureza real do direito do locatário. Era a solução encontrada pelo *Landrecht* prussiano, pelo menos a partir do momento da entrega da coisa (77). Não obstante, a influência do direito romano conduziu a orientação diversa, ou seja, levou a *generalidade dos pandectistas* a admitir a natureza pessoal da locação (78), ao contrário do que por vezes se lê em livros de doutrina. Na codificação dos princípios deste século, a locação veio a ser incluída no livro II, do BGB, influenciando a generalidade dos civilistas, até aos nossos dias.

III. Não obstante, nunca cessaram as vozes contrárias, que defendem, até aos nossos dias, a natureza real do direito do locatário, afastando com muita lógica a argumentação con-

(74) BGB, § 536.

(75) BGB, § 535, *in fine*.

(76) É o princípio tradicionalmente chamado *Kauf bricht nicht Miete*, na Alemanha.

(77) LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho de Obligaciones*, revisto por HEINRICH LEHMANN, tradução da 35.ª edição por Perez González e José Alguer, Barcelona, 1944, § 132 (II, p. 180). Vide GERHARD OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 464.

(78) Assim, DERNBURG, *Pandette — Diritto delle obbligazioni*, tradução de Cicala, Turim, 1903, vol. II, § 111, p. 481; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tradução de Fadda e Bensa, Turim, 1930, vol. II, § 400, p. 541.

trária (79). Esta orientação foi retomada por KUHLEMBECK e MIETTELSTEIN (80). COSACK, integra a locação real (81) no seio dos direitos reais, seguindo pois a orientação minoritária (82). Mais recentemente, há que referir os nomes de LONING e KLANG (83).

A posição dominante, hoje em dia, defende a natureza pessoal do direito do locatário. Nesse sentido, é possível citar LARENZ (84), SOERGEL e SIEBERT (85), MOLITOR (86) e BROX (87).

Há, no entanto, que ter presente a existência, no sistema jurídico alemão, dum registo constitutivo (BGB, § 873, por exemplo) que distorce a argumentação favorável à natureza real do direito do locatário produzida pelos juristas latinos (88). Também a consagração, no Direito alemão, da concepção objectivista da posse habituou, a respectiva doutrina, a considerar, sem sobressalto, a posição do titular dum direito de crédito que exerce, com autonomia, poderes sobre uma coisa.

(79) *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*, tradução italiana, Pádua, 1939, p. 302, de AUGUST THON.

(80) Vejam-se as citações de MIRABELLI, *ob. cit.*, p. 34.

(81) «Das dingliche Miet- und Pachtrecht».

(82) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 7.^a e 8.^a edição revista, Jena, 1924, II, pp. 390 a 400.

(83) Citados em MIRABELLI, *ob. cit.*, p. 34. Veja-se SILVIO COCO, *ob. cit.*, p. 923, nota (40). Não nos foi, infelizmente, possível, obter, em tempo útil, estas obras.

(84) *Lehrbuch des Schuldrechts*, II volume (*Besonderer Teil*), 11.^a edição, Munique, 1977, p. 186.

(85) No seu comentário *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht*, I, 10.^a edição, Stuttgart, Berlim, Colónia e Mainz, 1967, p. 747.

(86) *Schuldrecht*, II — *Besonderer Teil*, 5.^a edição, Munique e Berlim, 1961, p. 54.

(87) *Besonderes Schuldrecht*, 5.^a edição, Munique, 1977, p. 93.

(88) Vide ROQUETTE, *Das Mietrecht* cit., p. 31. Este autor admite que o locatário, fazendo registar um direito de habitação, poderia conseguir uma protecção real.

13. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO INGLÊS

I. É mais que problemática uma profíqua comparação de direitos operada entre os sistemas continentais e o *Common Law*. As técnicas jurídicas em causa têm escassos pontos de contacto, em termos de permitir uma plataforma comum que permita o cotejo.

Chamamos a atenção para três factores primordiais, necessários para nos colocarmos no âmbito do *Common Law*:

a) A Inglaterra moderna não está separada da Inglaterra medieval por uma fractura profunda, como sucede no Continente⁽⁸⁹⁾. As concepções liberais foram-se enquistando sobre as feudais, paulatinamente, sem as destruírem repentinamente, como sucedeu, por exemplo, em França, através das decisões revolucionárias da noite de 4 de Agosto de 1789. Ou por outras palavras, o liberalismo substituiu-se ao feudalismo por *via reformista* e não *revolucionária*. Daí que, ainda hoje, os institutos jurídicos britânicos sejam os medievais, devidamente adaptados.

b) A dogmática inglesa fundamenta-se não na lei, mas na resolução pelos tribunais (*courts*) do caso concreto. Não houve qualquer recepção visível do *Corpus Iuris Civilis*, como sucedeu no Continente Europeu⁽⁹⁰⁾.

c) Os conceitos ingleses são, fundamentalmente, diferentes dos nossos⁽⁹¹⁾. A sua tradução, sempre difícil e arriscada é, por vezes, impossível. A correspondência só pode ser estabelecida comparando os institutos no seu funcionamento. O que pressupõe um conhecimento prático da vida jurídica inglesa, difícil de obter teoricamente⁽⁹¹⁾.

(89) RADBRUCH, *Lo Spirito del Diritto Inglese*, Milão, 1962, p. 5.

(90) POLLOCK e MATLAND, *The History of English Law*, 2.ª edição, Cambridge, 1968, 1.º volume, p. 117.

(91) «Para os juristas do continente europeu o direito inglês é sempre algo de especialmente estranho e esquisito de conhecer», in KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. I, Tübingen, 1971, p. 227. Pelo prisma inglês, diz A. K. R. KIRALFY

II. Tentando conhecer a natureza do direito do locatário no *Common Law*, deparamos logo com uma repartição dos direitos que não prevê, com a nossa clareza, a contraposição entre os direitos reais e os direitos de crédito. Mas as dificuldades não ficam por aqui: não existe, no direito inglês, propriedade, em sentido técnico (*ownership*) sobre bens imóveis; em relação a esses bens apenas pode haver interesses juridicamente tutelados (93), mas nunca uma propriedade em sentido próprio, mesmo que exista uma utilização exclusiva (94).

Esta situação, profundamente anómala aos olhos continentais, requer uma pequena explicação suplementar.

No antigo direito feudal, a base do ordenamento jurídico da terra (*Land Law*) não era a propriedade, mas a tenência (*tenure*) (95). Apenas o rei seria, em rigor, o supremo senhor da terra (96). O «tenente» recebia do rei, mediata ou imediatamente, a terra, em certas condições, nomeadamente, obrigações de efectuar determinadas prestações. Formava-se, assim, um interesse juridicamente tutelado, designado por *estate* (97).

Recebida a *tenure*, o *holder* (tenente) tornava-se titular (proprietário, *owner*) do *estate* determinado, podendo, nesses termos, tirar benefícios da terra.

Os *estates* podiam revestir formas e conteúdos muito variados. Embora certas formas fossem usuais, não havia qualquer

(*English Law*, in *An Introduction to Legal Systems*, edited by J. DUNCAN e M. DERRETT, Londres, 1968).

«... modern continental lawyers are fond of regarding the common law of England as the «Law nobody knows ...» (p. 158).

(92) RADBRUCH, *Lo Spirito del Diritto Inglese* cit., p. 7.

(93) RENÉ DAVID, *Le Droit Anglais*, Paris, 1969, p. 107.

(94) F. H. LAWSON, in *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958, p. 62.

(95) Cf. JENKS, *The Book of the English Law*, 6.ª edição, revista e editada por P. B. FAIREST, Londres, 1967, p. 255.

(96) KIRALFY, *Historical Introduction to English Law*, Londres, 1952, p. 483.

(97) De *status*. Não existe tradução viável; aproximadamente, seria «direito sobre coisa». Mas não qualquer direito desse tipo: apenas aquele que permita uma ocupação (KIRALFY, *ob. cit.*, p. 482). Direitos do tipo da servidão serão, simplesmente, *interests* ou *incorporal hereditaments*.

restrição jurídica à criação de novas formas. Daí que RENÉ DAVID afirme: «O princípio de que se pode livremente desmembrar a propriedade aparece aos juristas ingleses tão natural como aparece no continente europeu o princípio da liberdade dos contratos» (98).

III. O *estate* que mais se aproxima do nosso direito de propriedade ou seja, o interesse mais amplo possível, é o *estate in fee simple* (99). Os juristas ingleses não consideram o *fee simple* (100) como qualitativamente diferente dos outros *estates* e *interests*. A única diferença seria de ordem quantitativa.

Outros *estates* seriam, por exemplo (101):

entailed interests: trata-se de uma «propriedade» sobre a terra, limitada quanto à faculdade de disposição. Aparenta parencças com o direito do fiduciário.

life interests: «the right of a person who is entitled to hold land for his life» (102).

Economicamente, realiza as funções do nosso usufruto.

future interests: é uma «propriedade» também limitada quanto à duração; simplesmente, desta feita, o limite surge não no término do direito, mas sim no seu início: o direito só surge no futuro. A situação aparenta semelhança com o direito do fideicomissário.

(98) In *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 3.^a edição, Paris, 1969, p. 360.

(99) RENÉ DAVID, *Droit Anglais* cit., p. 108. Diz JENKS (in *The Book of the English Law* cit., p. 261) «... that this is the largest estate known to the law, and a person who owns the fee simple in his own right, and does not merely hold the legal estate for other beneficiaries, is, in effect, the owner of the land». Cf. POLLOCK e MAITLAND, *The History of English Law*, II, p. 7.

(100) O termo *fee* deriva do latim medieval *foedum*, o que ilustra eloquentemente a sua origem.

(101) JENKS, *The Book of the English Law*, cit., pp. 261 e ss.

(102) POLLOCK e MAITLAND, *The History of the English Law* cit., p. 7.

leasehold interests: é, praticamente, o direito do arrendatário.

Parece, daqui que, a ser possível a comparação, o direito do arrendatário, como *estate*, tem natureza real.

IV. Abordando a questão pelo prisma da locação, deparamos logo com o problema da determinação do conceito respectivo. A noção que mais se aproxima da *locatio-conductio* é a de *bailment*, classicamente definido por POLLOCK e WRIGHT nos termos seguintes (103):

«... any person is to be considered as a bailee who otherwise than as a servant either receives possession of a thing from another or consents to receive or hold possession of a thing for another upon an undertaking with the other person either to keep and return or deliver to him the specific thing or to (convey and) apply the specific thing according to the directions antecedent or future of the other person».

O *bailment* é, como se vê, bastante mais extenso do que a nossa locação, englobando situações que vão desde o comodato ao fretamento, passando pelo depósito (104). O facto do «bailee» ter a posse da coisa, podendo alegar essa relação para defender o seu interesse contra quaisquer terceiros (105) induz, efectivamente, à natureza real do seu direito.

V. Em conclusão, e com todas as reservas que o sistema do Common Law suscita a uma comparação precisa, podemos afirmar ter, o equivalente ao nosso direito do locatário, natureza real, quando vertido em moldes continentais. Os auto-

(103) Citados em CHITTY, *On Contracts*, 2.^o volume, *Specific Contracts*, 23.^a edição, Londres, 1968, p. 146.

(104) Cf. RENÉ DAVID, *Droit Anglais* cit., p. 107; ROBERT EDGAR MEGARRY, *Landlord and Tenant*, na *Encyclopedia Britannica*, vol. XIII, pp. 649 e ss. Cf. H. W. WILKINSON, *Personal Property*, Londres, 1971, pp. 1 ss.

(105) Vide RENÉ DAVID, *Les Contrats en Droit Anglais*, com a colaboração de FRANÇOISE GRIVART KERSTRAT, Paris, 1973, p. 65; POLLOCK e MAITLAND, *The History of the English Law*, cit., II, pp. 170 e ss.

res mencionam, expressamente, uma evolução histórica, no início da qual o *lessee* apenas tinha um direito contra o *lessor* ou *land lord*, mas no termo da qual adquiriria o direito de se defender por si próprio contra terceiros⁽¹⁰⁶⁾. Para o efeito ele alega não qualquer contrato, mas o seu próprio direito sobre a coisa.

14. A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO SOVIÉTICO

I. Os juristas soviéticos, levados pela própria lógica do sistema, são levados a repudiar a natureza real dos direitos, pelo menos tal como era classicamente entendida. Citamos RENÉ DAVID: «Todo o direito é feito para regular relações entre homens e é necessária uma mentalidade capitalista para conceber um direito que liga uma pessoa a uma coisa ...»⁽¹⁰⁷⁾.

Também a noção de locação poderia parecer posta em causa, na medida em que o art. 25.º dos «Fundamentos da legislação da URSS e das Repúblicas Federadas» proclama:

«Os bens de propriedade pessoal dos cidadãos não podem ser utilizados para obter ingressos não provenientes do trabalho».

II. Mas, não obstante, a locação tem consagração legal, distinguindo-se, muito claramente, a locação de bens — art. 53.º e ss. dos «Fundamentos da Legislação Civil» — da locação de casas para habitação — art. 56.º e ss.

(106) Vide MEGARRY, *ob. cit.*, pp. 649-651. Dizem BUCKLAND e MC NAIR: «No nosso Direito, o locatário tem sido protegido contra o esbulho exactamente desde antes o século XVI.» O que não sucederia no *Civil Law*, dado o facto do locatário não ter *possessio*. (In *Roman Law and Common Law*, 2.ª edição revista por F. H. LAWSON, Cambridge, 1965, p. 296).

(107) In *Les Grands Systèmes cit.*, p. 299.

Do regime legal da locação soviética, referimos, pelo seu interesse, o dispositivo do art. 54.º dos «Fundamentos»:

«Ao transferir-se a outra pessoa o direito de propriedade do arrendador sobre os bens dados de arrendamento, o contrato de arrendamento mantém-se em vigor em relação ao novo dono. O contrato de arrendamento conserva, também eficácia na transferência dos bens de uma organização estadual (do arrendador) a outra».

O princípio *emptio non tollit locatum* vigora, como se vê, no Direito soviético. Outro tanto se passa, aliás, na República Democrática Alemã, através do § 124 do ZGB, de 1975.

III. Supomos que seria possível levantar, na União Soviética e noutros países do Leste europeu, o problema da natureza da locação. A necessidade de utilizar, para tanto, instrumentação ocidental retiraria, porém, interesse, à polémica.

§ 4.º CONCLUSÕES

15. CONCLUSÕES PROPICIADAS PELA HISTÓRIA E PELO DIREITO COMPARADO

I. Depois desta sumária indagação histórica e comparatística sobre a locação e a natureza do direito do locatário, podemos avançar as seguintes conclusões:

- 1.º Desde sempre, a pedra de toque da locação tem sido o aproveitamento da coisa, realizado pelo locatário;
- 2.º O sentido da evolução jurídica da figura vai, inquestionavelmente, no sentido do reforço da posição do locatário;
- 3.º Sobre esse pano de fundo, imposto pela própria natureza das coisas, várias são as soluções técnico-jurídicas possíveis, desde que salvaguardem o essencial.

II. O aproveitamento da coisa pelo locatário era um dos requisitos da *locatio rei*, que para isso dispunha de acções adequadas contra o locador, podendo defender-se de ingerências violentas. A consagração do brocardo *emptio non tollit locatum*, nos países ocidentais e de leste traduz, claramente, que na situação locativa, importa ao Direito, manter a estabilidade da ligação locatário-coisa.

O contínuo reforço da posição do locatário já era manifesto na própria evolução do Direito romano, observando-se, também, na história do Common Law. Não exige maiores explicações a explicitação do fenómeno nos ordenamentos ocidentais da actualidade.

A diversidade de soluções técnico-jurídicas possíveis é nítida através da consideração do sistema britânico e da diversidade de posições doutrinárias que se verifica nos sistemas francês, italiano e alemão.

Nenhuma conclusão a que cheguemos, a respeito da natureza do direito do locatário poderá, pois, violentar o espírito do sistema.

CAPITULO II

A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS

§ 5.º A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS

16. A DOUTRINA TRADICIONAL

I. Antes de iniciarmos um estudo sistemático e analítico da natureza do direito do locatário, vamos traçar uma rápida panorâmica dos termos em que a questão tem sido colocada no Direito português.

Vimos, através da nota histórica oportunamente inserida, que, nas vésperas da elaboração do Código de Seabra, a loca-

ção-condução era tratada no plano do contrato. Daí que, não obstante não se discutir *ex-professo* a natureza do direito do locatário, seja legítimo inferir uma coloração obrigacional da figura.

II. Esse espírito manter-se-ia no Código de Seabra, que versa a locação na parte reservada à «aquisição dos direitos», mais precisamente como um «contrato em particular» e não na parte reservada ao direito de propriedade.

O contrato de locação vinha definido no art. 1595.º, nos termos seguintes:

«Dá-se contrato de locação quando alguém trespassa a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuição, o uso e fruição de uma coisa».

O artigo subsequente, o 1596.º, distinguia, na locação, o arrendamento e o aluguer, consoante estivessem em causa coisas imóveis ou móveis, respectivamente. O arrendamento, pela sua importância económica, era depois objecto de uma regulamentação cuidada, constando, nomeadamente, dos artigos 1606.º e 1608.º, respectivamente, os direitos do locador e do locatário.

III. Tem ainda interesse referir, para o conhecimento do fenómeno locativo, no âmbito do Código de Seabra, a subsistência do direito do locatário nas transmissões, a sua sujeição a registo e a atribuição, ao locatário, das acções possessórias.

No que toca à *subsistência do direito do locatário nas transmissões*, articulava o art. 1619.º:

«O contrato de arrendamento, cuja data foi declarada em título autêntico ou autenticado, não se rescinde por morte do senhorio nem do arrendatário, nem por transmissão da propriedade, quer por título universal, quer por título singular, salvo o que vai disposto nos artigos subsequentes» (1).

(1) A excepção depois consignada era, praticamente, como não podia deixar de ser, a emergente de uma «transmissão» derivada de expropriação por utilidade pública.

Foi, pois, *introduzido*, em sede de arrendamento, o princípio napoleónico da *emptio non tollit locatum*, já indiciada pelas sucessivas excepções ao princípio inverso, admitidas no âmbito das Ordenações, e que era anteriormente defendido, *de iure condendo*, por COELHO DA ROCHA.

Nos termos do art. 1622.º, sempre do Código de Seabra, estão *sujeitos a registo* «... os arrendamentos excedentes a um ano, se houver antecipação de renda, e os excedentes a quatro anos, não a havendo». Convém lembrar que o art. 949.º do mesmo Código, que enumerava os direitos sujeitos a registo, considerava para esse efeito, o arrendamento como um «ónus real», desde que tivesse as características mencionadas no referido art. 1622.º

Finalmente, na linha do reforço histórico que tem vindo a ser conferido à posição do locatário, *foram-lhe atribuídas, desde o princípio do século, as acções possessórias* (2).

IV. Face a este complexo normativo, viria a desenvolver-se uma doutrina, que apelidamos de *doutrina tradicional*, segundo a qual *o direito do locatário seria um direito pessoal ou creditício*.

Inicialmente, a doutrina tradicional não era acolhida sem alguma hesitação. Por exemplo, JOSÉ DIAS FERREIRA (3), depois de considerar que o arrendamento poderia ser considerado «propriedade imperfeita», numa afirmação que reforça comparando-o com direitos reais por vezes mais insubsistentes, acaba por concluir:

«Porém o arrendamento não é considerado propriedade imperfeita, porque não encerra partícula alguma de domínio. Está no caso da hipoteca, que muito diminui e pode até absorver o valor da propriedade, e que ninguém considera propriedade imperfeita».

Igual hesitação se pode detectar em JOSÉ TAVARES, se bem que pelo prisma oposto. Este autor, depois de negar,

(2) Com antecedentes, pelo art. 20.º do Decreto n.º 5411.

(3) *Código Civil Português Anotado*, vol. IV, Lisboa, 1875, p. 58.

à hipoteca, natureza real, escreve: «Igual ou maior razão haveria para se considerar como direito real o direito do arrendatário ou locatário, do comodatário, do depositário quando tem a faculdade de servir da cousa, e tantos outros, que por todos são considerados de carácter obrigatório, porque são o resultado ou a consequência de certas obrigações» (4).

V. Grande parte dos autores, arrastando, com eles, a jurisprudência maioritária, como veremos, pronunciavam-se, contudo, pela natureza claramente creditícia, do direito do locatário, considerando, com argumentação variada, que a sua posição assentava, exclusivamente, em relações de crédito com o locador. A título de mero exemplo, podemos citar, como seguindo a orientação tradicional, autores como PINTO LOUREIRO (5), PIRES DE LIMA (6), GALVÃO TELLES (7), ANTUNES VARELA (8), MANUEL DE ANDRADE (9), JOÃO DE MATOS (10) e CUNHA E SÁ (11).

17. A DOUTRINA REALISTA

I. À doutrina tradicional veio opor-se uma outra, a doutrina realista, segundo a qual o locatário seria titular de autêntico direito real sobre a coisa locada, com todas as consequências daí advenientes.

(4) In *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra, 1929, pp. 618-619.

(5) *Manual do Inquilinato*, I volume, Coimbra, 1941, p. 34 e *Tratado da Locação*, I volume, Coimbra, 1946, p. 151.

(6) Anotação ao acórdão de 4 de Maio de 1956, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* n.º 89, p. 280.

(7) *Arrendamento*, lições publicadas por BENTO GARCIA DOMINGUES e MANUEL A. RIBEIRO, Lisboa, 1945/46, vg. a p. 58 e *Contratos Cíveis*, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, pp. 144 e ss.

(8) *Das Obrigações em Geral* (3.ª edição), Coimbra, 1980, p. 171.

(9) *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra, 1965, p. 155, nota (5).

(10) *Manual do Arrendamento e do Aluguer*, Porto, 1968, I, pp. 28 e ss.

(11) *Caducidade do Contrato de Arrendamento*, 1.º volume, Lisboa, 1968, pp. 30-31.

Pensamos que a origem desta doutrina deve ser — ao contrário do que sucedeu, por exemplo, em França, com TROP-LONG — procurada no incremento que, depois da instauração da primeira República, foi concedido às faculdades do inquilino.

II. Já vimos as hesitações demonstradas por DIAS FERREIRA e JOSÉ TAVARES, na aceitação da tese tradicional. Essas dúvidas seriam retomadas por CUNHA GONÇALVES, que vem considerar o direito do locatário, simultaneamente, como real e pessoal (12).

Seria na Faculdade de Direito de Lisboa que a doutrina realista encontraria, em Portugal, os mais sólidos defensores cabendo citar os nomes de PAULO CUNHA (13), PINTO COELHO (14), DIAS MARQUES (15), OLIVEIRA ASCENÇÃO (16) e CASTRO MENDES. Também GOMES DA SILVA (17) defenderia a realidade do direito do locatário, embora depois a abandonasse, «pelo muito escândalo provocado» enquanto, fora do âmbito da Faculdade, ALMEIDA RIBEIRO (18) apostava numa tese mista.

III. Contrariamente ao que seria legítimo esperar, face ao acréscimo de protecção conferida ao locatário com o Código Civil de 1966 e, depois, por legislação extravagante, surgida na sequência do 25 de Abril de 1974, a doutrina realista tem, hoje em dia, escassos defensores, ao que sabemos.

(12) Vide o *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, volume IX, Coimbra, 1934, p. 61.

(13) *Direitos Reais*, Lisboa, 1949, pp. 227 e ss.

(14) *Direitos Reais*, Lisboa, 1954, p. 127.

(15) *Prescrição Aquisitiva*, Lisboa, 1960, I volume, p. 218.

(16) *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, pp. 230 e ss. e *Direitos Reais*, Lisboa, 1971, pp. 519 e ss.

(17) *Direitos Reais*, Lisboa, 1955, p. 124.

(18) *Natureza Jurídica do Direito do Arrendatário* cit., p. 199, *maxime*.

18. *A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA*

I. Como foi incidentalmente afirmado, a jurisprudência portuguesa inclina-se, maioritariamente, para a natureza pessoal do direito do arrendatário. Vamos referir, a título de exemplo, três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça em que a doutrina tradicional venceu, bem como o essencial das justificações então aduzidas.

Assim:

- *acórdão de 14 de Junho de 1957* ⁽¹⁹⁾: «Ora, tanto na doutrina como na jurisprudência, é entendimento dominante que o arrendamento não é um direito real mas sim pessoal, obrigacional ou de crédito, pois não dá ao arrendatário um poder directo sobre a coisa, mas apenas o seu uso e fruição».
- *acórdão de 22 de Julho de 1960* ⁽²⁰⁾: o arrendamento não é um direito real por não estar enumerado entre as propriedades imperfeitas no art. 2189.º do Código de Seabra.
- *acórdão de 22 de Novembro de 1966* ⁽²¹⁾: o arrendamento não é um direito real porque, no projecto do então futuro Código Civil, figurava no livro do Direito das Obrigações e não no livro do Direito das Coisas.

II. Conhecemos, porém, dois acórdãos, também do Supremo Tribunal de Justiça, onde se defendeu uma orientação inversa, se bem que não muito explícita. São eles:

- *acórdão de 10 de Julho de 1942* ⁽²²⁾: «Todo o ónus que impende sobre um prédio é de natureza real, e o arrendamento só é ónus real quando estipulado por mais de um ano, com adiantamento de renda, ou por

(19) No *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 68, p. 584.

(20) No *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 99, p. 804.

(21) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 100, p. 197.

(22) *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, 11, 12.

mais de quatro não o havendo». Como se vê, trabalhava-se, aqui, com o art. 949.º do Código de Seabra. — acórdão de 22 de Março de 1946 (23): «E, desta sorte, a questão a resolver circunscreve-se a este problema: é o arrendamento de um imóvel um direito real, tendo por isso, a natureza de ónus real a penhora sobre ele? Em face do preceituado no art. 949.º, § 2.º, al. c) do Código Civil, só é ónus real o arrendamento por mais de um ano, havendo adiantamento de renda, ou por mais de quatro, não o havendo.

Estes dois acórdãos tiveram o mesmo relator: HEITOR MARTINS.

III. Sem pretender, agora, entrar na matéria de fundo, pensamos ser apreensível, *a priori*, a escassa valia doutrinária dos acórdãos referidos, seja qual for a tese por eles perfilhada.

Assim, se, por um lado, pouca ajuda podemos colher na jurisprudência com vista à determinação da natureza do direito do locatário, por outro, nada teremos a temer caso as conclusões que alcancemos não coincidam com a doutrina dominante nos nossos tribunais. O Supremo Tribunal poderá, em qualquer altura, modificar o sentido dos seus acórdãos, uma vez que não tem uma posição solidamente fundamentada.

CAPITULO III

ESTUDO DESCRITIVO DAS DOCTRINAS SOBRE A NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

19. GENERALIDADES; SEQUÊNCIA

I. Determinámos, até agora, o âmbito da controvérsia gerada em torno da natureza do direito do locatário. Vamos,

(23) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 79.º, p. 125.

seguidamente, aprofundar o debate, tendo em vista a defesa duma opinião devidamente fundamentada.

Para tanto, há que lidar com dois prismas:

- um prisma descritivo;
- um prisma analítico.

Descritivamente, deparamos com várias orientações globais em que, com maior ou menor coerência, se defendem diversas posições no tocante à natureza do direito do locatário.

Analiticamente, surgem determinados pontos da regulamentação jurídica do instituto locatício que são essenciais para uma tomada de posição.

A esses dois aspectos dedicaremos os dois capítulos subsequentes deste nosso trabalho.

II. O *estudo descritivo* das orientações existentes, no tema *sub judice*, revela múltiplas tomadas de posição que agrupamos em quatro grandes doutrinas, a saber:

- *doutrina creditícia ou tradicional*;
- *doutrina do direito pessoal de gozo*;
- *doutrina realista*;
- *doutrinas mistas*.

Vamos explaná-las o mais fielmente possível, aproveitando para alinhar, desde já, algumas apreciações críticas.

§ 6.º A DOUTRINA CREDITÍCIA OU TRADICIONAL

20. TESE DA PRESTAÇÃO POSITIVA DO LOCADOR; CRÍTICA

I. A versão mais incisiva, pura e radical da doutrina tradicional pode formular-se nos termos seguintes: *o locatário tem o gozo da coisa locada como produto de uma prestação positiva do locador, a prestação de fazer gozar*.

Por isso falamos em tese da prestação positiva do locador.

II. Esta tese encontrou uma base de apoio na definição constante do art. 1709.º do Código Napoleão (1):

«A locação de coisas é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a fazer gozar a outra uma coisa durante um certo tempo, e através dum certo preço que esta se obriga a pagar-lhe».

Foi, também, acolhida no art. 1571.º, do Código italiano de 1942:

«A locação é o contrato com o qual uma parte se obriga a fazer gozar à outra uma coisa móvel ou imóvel por um dado tempo, mediante um determinado correspondivo».

Entendia-se, por força destes textos legais, que o locador estava investido numa obrigação contínua (2) de prestar gozo, *quotidie et singulis momentis* (3). Existem, aliás, autores, como BARASSI, que se sentem absolutamente vinculados a estas definições legais (4).

III. Esta orientação não encontra qualquer apoio em textos legais portugueses. Efectivamente, o Código de Seabra, definia locação falando em «trespassar (...) o uso e a fruição» (art. 1595.º). Também o Decreto n.º 5411, de 17 de Abril de 1919, dizia, no seu art. 1.º, que havia arrendamento quando

(1) Vide G. BAUDRY-LACANTINERIE e ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, XX, *Du Contrat de Louage*, I, 3.ª edição, Paris, 1906, p. 383.

(2) CHAUVEAU, *Classification nouvelle des droits réels et des droits personnels*, cit., p. 577 (este autor, aliás, discorda de tal obrigação).

(3) BARBERO, *Sistema del Diritto*, II, p. 338.

(4) BARASSI, in *Diritti Reali Limitati, in particolare l'usufrutto e le servitù*, Milão, 1947, p. 49, ora falava em deixar gozar ora em fazer gozar; porém em *La Teoria Generale delle Obligazioni*, 1.º volume, 2.ª edição, Milão, 1953, p. 87, afirma que nada mais há a dizer dada a «inequívoca formulação do art. 1571.º». Também NICOLA DISTASO in *Diritto reale, servitù e obbligazione propter rem*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno VII, Milão, 1953, p. 450 explica: «... o locatário goza da coisa porque o locador está obrigado a fazer-lha gozar, por força de uma obrigação resultante do contrato de locação».

alguém «transfere (...) a outrem o uso e fruição». Um nítido recuo pode ser apontado, neste campo, no Código de 1966, cujo art. 1022.º, utiliza a fórmula ambígua, que consideraremos mista, de «... proporcionar o gozo». Em compensação, é mais correcta a definição dada pelo Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, a respeito da locação financeira, que fala, simplesmente, em *conceder o gozo temporário*.

Não obstante a aludida falta de apoio legal (5), certa doutrina portuguesa, num claro fenómeno de osmose, veio enfileirar por esta posição. Assim, PINTO LOUREIRO, negando expressamente que o locador se limite a deixar gozar explica que o contrato de locação é sinalagmático porque à obrigação de *fazer gozar*, do senhorio, corresponderia a de pagar a renda, do arrendatário (6).

Mais cuidadosamente, também ANTUNES VARELA parece aceitar a tese da prestação positiva do locador, quando afirma «... o locador não se limita (...) a não dever embaraçar o gozo temporário da coisa por parte do locatário (...) a locação faz recair sobre o locador a obrigação de assegurar ao locatário o gozo dela (...) sendo precisamente nesta obrigação (dever de prestar) a carga do locador que reside o fulcro jurídico do contrato ...» (7)

O mesmo podemos dizer de PIRES DE LIMA: «... não há um poder directo e imediato sobre uma coisa, susceptível de ser exercido sem a cooperação de terceiro. Trata-se sempre de uma coisa cujo uso ou utilização é objecto de uma prestação por parte de terceiro e portanto de um direito de crédito» (8).

IV. A tese da prestação positiva do locador oferece o flanco a críticas severas. Efectivamente, o fenómeno jurídico

(5) E ALMEIDA RIBEIRO chama, precisamente, a atenção para esse facto, na *Natureza jurídica do direito do arrendatário* cit., p. 183.

(6) *Manual do Inquilinato*, cit., I, pp. 33-34. Do mesmo autor, vide o *Tratado da Locação* cit., I, p. 151.

(7) *Das Obrigações em Geral*, 2.ª edição, I, Coimbra, 1973, pp. 168-169.

(8) Anotação ao acórdão de 4 de Maio de 1956 na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 89.º, p. 280.

do gozo, que, como é natural, arranca da equivalente ideia sócio-cultural, *só pode advir da incidência da actividade de uma pessoa sobre a coisa-objecto*. Como admitir uma prestação positiva de gozo? Qual o seu conteúdo material? Como poderia, jamais, um locador atingir tal grau de diligência que conseguisse *quotidie et singulis momentis*, cumprir a prestação positiva de gozo? E se adormecesse ou perdesse a razão? Se assim fosse, como diz THON, ninguém em seu perfeito juízo locaria, jamais, as suas coisas...

Os sarcasmos poderiam multiplicar-se. Certo é, no entanto, que, hoje em dia, os autores que mantêm a defesa da tradicional natureza creditícia do direito do locatário, já não defendem a existência de uma «obrigação de gozo por parte do senhorio», que criticam e que acusam de, pela sua infelicidade, ter dado lugar ao aparecimento das orientações realistas. E como exemplo, citamos MICCIO⁽⁹⁾, GIORGIANNI⁽¹⁰⁾, BARBERO⁽¹¹⁾ e TABET⁽¹²⁾.

21. TESE DA PRESTAÇÃO NEGATIVA DO LOCADOR; CRÍTICA

I. Fugindo, em nome do bom senso, à ideia fatal de uma prestação positiva, *quotidie et singulis momentis*, por parte do locador, a doutrina tradicional vai acantonar-se no que chamamos a *tese de prestação negativa do locador*.

(9) RENATO MICCIO, *La Locazione*, Turim, 1967, p. 7: a «... infinita prestação (...) do locador dá lugar a dificuldades ...».

(10) MICHELE GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milão, 1940, pp. 130-131: «... não pode existir uma obrigação com o conteúdo do direito do locatário ...».

(11) DOMENICO BARBERO, *Sistema del Diritto Privado Italiano* cit., II, p. 338: chama, a esta orientação, «grotesca» e declara que nem empiricamente dá qualquer imagem da realidade.

(12) ANDREA TABET, *Locazione (in generale) (Diritto Civile)*, no *Novissimo Digesto Italiano*, IX, p. 1000, que lhe concede, também, o epíteto de construção grotesca.

Nesta variante, o locatário teria, também, um simples direito de crédito; em contrapartida, porém, o locador encontrar-se-ia vinculado a uma simples prestação de «non facere», de deixar gozar o locatário (13). Em Itália, esta tese é ainda, propugnada por GUARINO (14) e DALMARTELLO (15).

II. A tese da prestação negativa do locador encontra seguidores em França. MAZEAUD e MAZEAUD escrevem, por exemplo, a respeito da locação (16):

«Um credor ordinário tem de reclamar a execução ao devedor; o locatário não tem de solicitar do locador o pagamento dos seus principais créditos: a partir do momento em que a coisa foi posta à sua disposição, ele usa-a e percebe-lhe os frutos directamente; basta a esse respeito que o locador conserve uma atitude passiva, não o perturbando no seu gozo; o locatário não poderia exigir que o locador percebesse os frutos para lhos entregar».

Outros, como LE GALL, referem a existência de uma «dívida de abstenção», por parte do credor (17).

III. A tese da prestação negativa do locador revela uma forma já muito enfraquecida de defender a natureza creditícia do direito do locatário. Podemos, por isso, colocá-la na fronteira das doutrinas que defendem ser o direito do locatário um direito real de gozo.

(13) Vide MICCIO, *La Locazione* cit., p. 7.

(14) «... do contrato de locação deriva uma obrigação essencial do locador para com o locatário, que é a obrigação de deixar gozar a coisa por toda a duração da locação», ANTONIO GUARINO, in *Locazione* (integrada na *Tratatto di Diritto Civile* de GROSSO e SANTORO PASSARELLI) Milão, 1965, p. 59. O autor adopta, depois a doutrina de GIORGIANNI, que examinaremos infra.

(15) ARTURO DALMARTELLO, *Contratti Reali, Restitutori e Sinallagmatici*, na *Rivista di Diritto Civile*, I, Pádua, 1955, p. 835. Vide a bibliografia aí referida, a nota (47).

(16) HENRI, LEON e JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil — Principaux Contrats*, Paris, 1972, p. 300.

(17) JEAN-PIERRE LE GALL, *L'Obligation de Garantie dans le louage des choses*, Paris, 1962, pp. 78 e ss.

De facto, se o locador se encontra obrigado, como projecção do direito de gozo do locatário, a não interferir, como distinguir a sua posição jurídica da dos outros sujeitos da ordem jurídica, que, como é natural, também não deve interferir? Mesmo que se entenda não dar, o dever geral de respeito, lugar a relações jurídicas, como diferenciar o fenómeno do «dever integrado em relação» que seria o do locador?

Como diz TABET, «... uma violação do locador não se distinguiria, de facto, da de qualquer terceiro» (18).

IV. Mas a defesa da mera prestação negativa do locador levanta ainda mais dificuldades: admitamos que, de facto, o locador se encontra, no essencial, simplesmente obrigado a não interferir no gozo do locatário; não sucederá outro tanto em relação ao titular da propriedade onerada por usufruto, enfiteuse (extinta entre nós), superfície ou até servidão? Como distinguir, nessa base, o direito do locatário dos chamados direitos reais menores? (19)

V. Finalmente, e este será o golpe de misericórdia, na tese da prestação negativa do locador, parece claro que esta orientação, para além das complicações que levanta, nada resolve. Não há qualquer equiparação entre uma actividade de gozo e um dever de abstenção! Assim entendido, o gozo é, de facto, uma actividade própria que extravasa a relação creditícia.

(18) In *Locazione* cit., p. 999.

(19) Este filão é explorado por autores que, como CHAUVEAU e GINOSSAR defendem a existência de direitos reais relativos (e que propendem, ambos, para a natureza real do direito do locatário). Não cabe, aqui, examinar as respectivas construções; quando a GINOSSAR, vide os nossos *Direitos Reais* cit., I, volume, n.º 116. Veja-se uma crítica a GINOSSAR no artigo de JEAN DABIN, *Une Nouvelle définition du droit réel*, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1962, pp. 20 e ss., a que o visado responde in *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, na mesma revista e número, pp. 573 e ss.

22. TESES MISTAS

I. Chamamos *teses mistas* às orientações que, considerando como creditício o direito do locatário, não o apresentam, no entanto, como o produto, nem de uma obrigação positiva, nem de uma obrigação negativa, por parte do locador.

Nesse sentido, vai a importante tomada de posição de GALVÃO TELLES. Este autor explica que o senhorio não pode limitar-se a deixar que o arrendatário goze ... «... o senhorio tem a obrigação de proporcionar o gozo do prédio, entregando-o em estado de servir para o fim a que se destina, fazendo o necessário para que se conserve nesse estado, etc.» (20).

II. A citação de GALVÃO TELLES esclarece, ao que pensamos, as preferências das teses mistas: o direito de crédito do locatário teria, como contrapartida, *uma série de obrigações diversas, por parte do locador*. Muitos outros autores seguem esta versão; assim, JOSSERAND, descobre, na situação do locador, obrigações de entrega, de manutenção e de garantia (21); FUBINI apresenta, como indício da natureza pessoal do direito do locatário, as obrigações que impendem sobre o credor (22); DABIN diz que o locador deve fazer gozar o locatário «... nomeadamente pela entrega em condições e pela manutenção» (23); PLANIOL descobre, também, essa composição dupla no «faire jouir» (24); COLLIN e CAPITANT descobrem três obrigações como conteúdo dessa mesma obrigação (25), etc.

(20) *Arrendamento* cit., p. 306.

(21) LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, tomo I, Paris, 1930, p. 566.

(22) RICCARDO FUBINI, *Il Contratto di Locazione di Cose*, vol. I, 2.^a edição, Milão, 1910, pp. 34-35.

(23) In *Nouvelle définition du droit réel* cit., p. 36.

(24) MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1949, p. 831.

(25) AMBROISE COLIN e HENRI CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, 3.^a edição, Paris, 1921, II volume, p. 532.

III. As teses mistas acusam, já, notável falta de simetria, que deve ser tomada como fraqueza da doutrina tradicional. De facto, não se pode dizer que haja qualquer correspondência entre o direito creditício a gozar uma coisa, por um lado, e, por outro, de deveres de entrega e de manutenção.

Uma análise mais atenta revela, ao que pensamos, a natureza *secundária e meramente instrumental* dos deveres de entrega e de manutenção, por parte do senhorio. O *dever de entrega* surge, como é sabido, também na compra e venda, nunca tendo ocorrido, ao que sabemos, a ninguém, que a propriedade, adquirida por esse meio, fosse um direito pessoal, contrapartida do dever de entrega em causa. Da mesma forma, o *dever de proceder a determinadas reparações*, a cargo do senhorio, só se manifesta eventual e esporadicamente dele não dependendo o direito do locatário. Aliás, também surge no usufruto, com referência ao titular da nua propriedade, nos termos, por exemplo, do art. 1473.º do Código Civil Português.

IV. E de qualquer maneira, fica por explicar o gozo do locatário, sempre possível e contínuo, ainda que o locador não acate nenhum dos deveres que o Direito lhe comete.

§ 7.º A DOUTRINA DO DIREITO PESSOAL DO GOZO

23. A DOUTRINA DE GIORGIANNI

I. Antes de explicitarmos a concepção do direito do locatário como direito pessoal de gozo, pensamos dever introduzir, com carácter de generalidade, os princípios em que assenta. A doutrina dos direitos de gozo, pessoais e reais, deve-se a MICHELE GIORGIANNI que, desde há trinta anos, a vem defendendo, recolhendo inúmeras adesões.

II. Há que partir da noção de gozo. Para GIORGIANNI, aliás como para nós «... o conceito técnico de gozo deve con-

siderar-se restrito ao fenómeno do gozo directo, no sentido que isso postula uma relação imediata do sujeito com a coisa ...» e «... gozar a coisa significa tirar dela a utilidade que, segundo a sua destinação económica, ela é apta a produzir ...» (26).

Assim entendida, o autor descobre que a relação de gozo, tanto se verifica em direitos tradicionalmente tidos por reais (27), como em direitos geralmente considerados pessoais, como por exemplo, a locação (28). Citando THON, GIORGIANNI faz notar que não pode negar-se uma perfeita identidade entre o gozo do locatário e o do usufrutuário (29): ambos os sujeitos gozam a coisa da mesma forma, através de uma actividade autónoma e própria.

Em conclusão: existe uma relação estruturalmente bem determinada, que se caracteriza pelo exercício de poderes sobre uma coisa, comum a direitos reais e a direitos de crédito, e que se designa, corrente e juridicamente, por gozo.

III. Chegado a este ponto, GIORGIANNI, que havia, no entanto, reconhecido expressamente a possibilidade de rever a doutrina tradicional (30), não propõe qualquer alteração no elenco tradicional dos direitos reais. Pelo contrário, dando provas de grande «prudência» (31), vai distinguir, de entre os direitos de gozo, os *direitos pessoais de gozo*, com base num raciocínio que vamos sintetizar como segue (32).

A ideia unitária de gozo é alcançável através de um *critério estrutural*: a actividade sobre a coisa. Esse mesmo critério estrutural permite descobrir, ao lado dos *direitos de gozo*, as *obri-*

(26) *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, cit., p. 11. Vide, também, do mesmo autor, *Diritti Reali no Novissimo Digesto Italiano*, IV, p. 751.

(27) *Contributo* cit., pp. 35 e ss.

(28) *Contributo* cit., pp. 52 e ss.

(29) *Contributo* cit., p. 106.

(30) *Idem*.

(31) MIRABELLI, in *Locazione* cit., p. 42.

(32) Neste ponto, lidamos, no seu conjunto, com a obra fundamental do genial mestre italiano, que temos vindo a citar. Tentámos já esta síntese nos nossos *Direitos Reais* cit., vol. I, n.º 164.

gações, os *direitos de garantia* e os *direitos potestativos*, todos eles claramente retratados por configurações próprias, inconfundíveis.

Mas nada disto permite identificar os direitos reais e os direitos de crédito, que não são frutos de diferenciações estruturais. Pelo contrário: os direitos reais derivam, simplesmente, *da forma* como se dá a afectação da coisa. Quando essa afectação se dê *com inerência*, o direito é real, ainda que não se traduza, estruturalmente, por uma relação de gozo. Quando falhe a inerência, o direito é pessoal, ainda que, *de facto* o gozo esteja presente.

IV. A inerência é, para GIORGIANNI, a íntima conexão entre o direito e a coisa, que permite ao titular do direito em que essa característica se verifique, obter satisfação do seu interesse, com total ignorância pelas relações que, *de facto* ou de direito, possam afectar a coisa. Ou, segundo a nossa própria expressão, *a inerência é a realidade de fundo de que a seqüela é a manifestação dinâmica*.

A inerência nada tem a ver com a clássica imediação: a imediação é uma característica estrutural que surge em todos os direitos de gozo. Assim, na hipoteca não há imediação, uma vez que o credor hipotecário nada pode sobre a coisa. Mas há inerência, porque ele pode realizar o seu direito, onde quer que a coisa se encontre.

Mas a inerência também não se embrulha nas complicações da «absolutidade», uma vez que respeita, simplesmente, ao titular e à coisa-objecto.

Exemplifiquemos, tomando um direito de gozo: esse direito será inerente à coisa, e logo real, se o titular puder atingir a coisa onde quer que ela se encontre, jurídica e materialmente falando. Pelo contrário, faltará a inerência, com a automática pessoalidade do direito, se a coisa se puder encontrar numa situação tal que o titular do direito nada possa fazer.

V. A doutrina dos direitos de gozo, de GIORGIANNI (33), parece-nos um dos avanços mais significativos

(33) Quanto às adesões que esta doutrina tem merecido, vide a bibliografia citada, supra, n.º 11, III.

da moderna Ciência do Direito, em sede de direitos reais. Não obstante; passou praticamente despercebida da doutrina nacional⁽³⁴⁾ que por vezes a tem criticado sem grande justiça nem precisão⁽³⁵⁾. Isso não obstante um certo acolhimento que o Código Civil português lhe concedeu (art. 407.º):

Não cabe aqui criticá-la. Não podemos, porém, deixar de dizer que não a acolhemos, totalmente, por entender que o direito real tem, efectivamente, uma estrutura normativa própria, derivada da natureza do seu objecto — a coisa corpórea.

A noção da inerência é, contudo, irrepreensível.

24. O DIREITO DO LOCATÁRIO COMO DIREITO PESSOAL DE GOZO; CRÍTICA

I. GIORGIANNI e os seus seguidores entendem que, à evidência, o locatário utiliza directamente a coisa em termos de retirar as utilidades que ela é susceptível de proporcionar. Existe, por isso, *um fenómeno de gozo*, reforçado pelas definições que, da locação, nos dão os códigos civis dos diversos países. O direito do locatário é, pois, um direito de gozo.

Mas não seria um direito real; seria, apenas um direito pessoal de gozo. E isso por o direito do locatário não ter inerência.

II. Como dissemos, a teoria do direito pessoal de gozo veio salvar *in limine* a doutrina creditícia, em sede do direito do locatário. É a única orientação que, sem retirar a locação do seu lugar tradicional, consegue explicar, em termos mínimos, como é possível a verificação, inegável, de um fenómeno de gozo, que, por definição, não pode assentar numa prestação; dentro do esquema dum direito pessoal.

(34) Vejam-se as referências de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral* cit., (3.ª edição), pp. 167 e ss. e de OLIVEIRA DE ASCENÇÃO, *Direitos Reais* cit., p. 59

(35) Como, aliás, também tem sucedido em Itália; vide LAZZARA, *Il contratto di locazione* cit., p. 12, nota (20).

Vamos, agora, apreciar a qualificação do direito do locatário, como direito pessoal de gozo, à face da doutrina do próprio GIORGIANNI.

III. Como vimos, parece exercício ocioso discutir se o direito do locatário é, ou não, um direito de gozo. Existe um indubitável aproveitamento directo das qualidades da coisa, como reconhecem os diversos códigos civis⁽³⁶⁾. Tudo estará, pois, em saber se se verifica, ou não, a inerência.

A essa questão responde GIORGIANNI negativamente. É fá-lo por verificar que, nos termos do art. 1599.º do Código Civil italiano, o direito do locatário *seria inoponível a terceiros de boa fé*⁽³⁷⁾. Ou seja: em certas circunstâncias, o titular dum direito de locatário nada poderia fazer para o exercer, ao contrário do que sucederia se dum verdadeiro direito real se tratasse.

Será assim?

O art. 1599.º do Código italiano dispõe:

«O contrato de locação é oponível ao terceiro adquirente se tiver data certa anterior à alienação da coisa.

A disposição do parágrafo precedente não se aplica à locação de bens móveis não inscritos no registo público, se o adquirente conseguir a posse deles de boa fé.

A locação de bens imóveis não inscrita não é oponível ao adquirente se não nos limites de nove anos, desde o início da locação:

O adquirente é obrigado, em cada caso, a respeitar a locação, se a isso se obrigou perante o alienante».

A leitura deste preceito revela, aparentemente, que em Itália, o direito do locatário pode ficar em situações de inoponibilidade, revelando a falta de inerência.

(36) Quanto ao português, vide o art. 1022.º

(37) *Maxime* in *Diritto Reali* cit., p. 752.

IV. Um estudo mais aprofundado do mesmo preceito revela, contudo, ao que pensamos, a solução inversa. De facto o direito do locatário seria inoponível:

- tratando-se de bens móveis, a terceiros adquirentes, possuidores de boa fé;
- tratando-se de imóveis, a quaisquer adquirentes, desde que falte o registo e tenham passado nove anos desde o início do contrato.

Mas à face do Direito italiano, estas inoponibilidades verificam-se a respeito de todos os direitos reais.

No que toca aos *bens móveis*, vigora o princípio *posse vale título*: aquele a quem sejam alienadas, *a non domino*, coisas móveis, adquire a propriedade delas, desde que esteja de boa fé (art. 1153.º do Código italiano). Por força deste dispositivo, fica prejudicado o direito de propriedade do anterior titular, sendo o mesmo regime aplicável ao usufruto, ao uso e ao penhor, nos termos do art. 1153.º, *in fine*. Porque não sucederia o mesmo com a locação, quando o terceiro adquirente obtenha a posse da coisa, com desconhecimento da oneração?

No que toca aos *bens imóveis*, dispõe o art. 2644.º do mesmo Código italiano que os actos sujeitos a registo não produzem efeitos em relação a terceiros, quando não sejam registados. Ora, nos termos do art. 2643.º, 8), *estão sujeitas a registo as locações de duração superior a nove anos*, que recaiam sobre bens imóveis; não é, pois, de admirar que, na falta de registo — e sempre dentro das normas genericamente *aplicáveis aos direitos reais* — a locação só seja oponível a terceiros no limite desses nove anos.

À face do direito italiano, a inerência — ou a falta de inerência — do direito do locatário é exactamente a mesma que se verifica nos diversos direitos reais.

V. Transpondo as ideias de GIORGIANNI para o direito português, a nossa argumentação é ainda mais fácil. De facto, não se pode assacar ao direito do locatário falta de inerência: ele é sempre oponível a terceiros, independentemente da boa

ou da má fé! (38) As únicas inoponibilidades que podemos descortinar no campo da locação são aquelas que advenham do registo predial (39) e que, por isso, são aplicáveis a todos os direitos reais.

§ 8.º DOUTRINAS REALISTAS

25. DOUTRINA DE TROPLONG

I. A TROPLONG coube o mérito de ter estruturado, coerentemente, pela primeira vez, a tese da realidade do direito do locatário (40). Este autor baseia-se, para tanto, no art. 1743.º do Código Napoleão, que dispõe:

«Se o locador vende a coisa locada, o adquirente não pode expulsar o caseiro, colono parciário ou o locatário que tenha uma locação autêntica ou cuja data seja certa». Citamos TROPLONG, numa passagem célebre: (41)

«O artigo 1743.º é talvez o mais grave e o mais fecundo de toda a matéria da locação. É ele que transformou o carácter desse contrato; é ele que fez passar o direito do locatário da coisa dos direitos relativos (jus ad rem) à categoria dos direitos absolutos (jus in re). A importância não foi alcançada por todos os comentadores do código. Vários se empenharam mesmo a disfarçá-lo e abafá-lo. Vou-me esforçar por lhe restituir o seu verdadeiro carácter».

Continua o autor:

«Está pois adquirido que a locação desflora o direito do

(38) O que é, aliás, natural, uma vez que não vigora, entre nós, o princípio *posse vale título*.

(39) Sobre o tema, cf. os nossos *Direitos Reais*, I, n.º 129.

(40) Segundo DERRUPPÉ (in *La nature du droit du preneur à bail* cit., p. 15) esta doutrina já teria sido defendida por MERLIN. Cf. JACQUES AZEMA, *La durée des contrats successifs*, Paris, 1969, p. 241.

(41) In *De l'Echange et du Louage (Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles du Code)* 3.ª edição, II volume, p. 17 (n.º 473).

proprietário e que constitui em proveito do locatário uma carga de tal modo inerente à coisa que ele não pode transmitir a coisa sem a carga!!!» (42)

Concluindo:

«Ora o que é um direito que, da pessoa ressalta sobre a coisa para uma afectação directa e incessante, que segue a coisa de mão em mão, que sobrevive às alienações e modificações de proprietários? É um direito desconhecido da jurisprudência? Não! Os juriconsultos de todo o tempo chamam-lhe um direito real». (43)

II. Contrariamente ao que por vezes se diz em livros afectos à doutrina pessoalista, TROP LONG explica que *os auto-res materiais do Código Napoleão, não ignoravam o especial alcance que teria o princípio revolucionário do art. 1743.º*.

Assim, MOURICAULT teria justificado o seu conteúdo dizendo: «Não se pode transmitir a outrem mais direitos do que os que se têm para si próprio». (44) Esta explicação tem inegável sabor realista e é tanto mais importante quanto é certo que está na base da «passagem» do art. 1743.º, para a versão definitiva do Código.

III. O argumento retirado por TROP LONG do art. 1743.º do Código Napoleão é aplicável em vários ordenamentos que conhecemos. Isso porque o direito do locatário sobrevive às alienações da coisa locada, nos termos, por exemplo, do BGB, § 571, do *Codice Civile*, art. 1599.º, do Código venezuelano, art. 1604.º, do Código de Seabra, art. 1619.º, do Código português de 1966, art. 1057.º, do ZGB da DDR, § 124, dos «Princípios Fundamentais da Legislação Civil da URSS», art. 54.º, etc.

Pelo contrário, noutras ordens jurídicas, o direito do locatário só sobrevive às transmissões da coisa locada se tiver sido

(42) *De l'Echange et du Louage* cit., II, pp. 29-30.

(43) *De l'Echange et du Louage* cit., II, p. 30.

(44) TROP LONG, *De l'Echange et du Louage* cit., II, p. 28. Cf. MAZEAUD, in *Principaux Contrats* cit., n.º 1067, p. 298.

registado — Código das Obrigações suíço, art. 260.^o — ou se, além disso, assim tiver sido estipulado — art. 1197.^o do Código brasileiro e art. 1571.^o do Código espanhol.

De qualquer forma, nas legislações onde se aplique, a *emptio non tollit locatum* é um argumento poderoso, a favor da natureza real do direito do locatário.

De facto, e seja qual for a noção que, de direito real, se perfilhe, permite afirmar que:

- o poder do locatário incide directamente sobre a coisa (45);
- a locação é oponível *erga omnes* (46);
- o direito do locatário é inerente (47);
- o direito do locatário prevalece, por mera antiguidade, sobre o direito de propriedade (48);
- existe sequela (49).

IV. A doutrina contrária não deixou, contudo, de refutar a justeza da argumentação de TROPLONG, tentando quer minimizá-la, quer explicá-la em termos obrigacionais, como veremos ao estudar analiticamente a questão da natureza do direito do locatário.

Podemos, no entanto, avançar, desde já, que a ideia de TROPLONG é correcta. Simplesmente, tal como o seu autor a formulou, estava, ainda, demasiado presa à concepção do direito real como poder directo e imediato sobre uma coisa. Daí que fraca resistência tivesse podido opor à série de argumentos em contrário, que as concepções modernas do *poder absoluto* fizeram desabar sobre ela.

(45) É o que resulta das afirmações de TROPLONG; recordamos que, quando este autor se pronunciou sobre este assunto, a teoria clássica sobre o direito real não tinha, ainda, sido contestada.

(46) MAZEAUD, *Principaux Contrats* cit., p. 298, n.º 1068.

(47) Mantém-se, onde quer que a coisa se encontre.

(48) Tem sequela e prevalência, diz PLANIOL, no *Traité Élémentaire de Droit Civil* cit., p. 822.

(49) CHAUVEAU; in *Classification des droits réels et personnels* cit., pp. 569 e ss.

Por outro lado, o argumento de TROPLONG não nos parece necessário. Como diz CHAUVEAU (50), se se convençõesse, a favor do adquirente, uma faculdade de expulsão do locatário (51), assistir-se-ia, apenas, a uma redução da duração do direito e não a uma alteração na sua natureza.

Mas que o maquinismo do art. 1743.º do Código Napoleão — e dos códigos que inserem disposições equivalentes — não é facilmente explicável pelos esquemas próprios do Direito das Obrigações é facto que TROPLONG legou aos estudiosos, há mais de um século.

V. Em Portugal, é especialmente sensível a um argumento semelhante ao de TROPLONG, JOSÉ DIAS MARQUES, que escreve:

«Ora essa incidência imediata sobre o objecto torna-se sobretudo palpável através da sequela. E o direito do arrendatário é, salvo raros casos, dotado de sequela. Por isso, exceptuados esses raros casos, será um direito real.

A sequela, como característica do direito do arrendatário, traduz-se na subsistência do arrendamento, independentemente da transmissão da propriedade do prédio» (52).

E, para além deste autor, os defensores de posições realistas, na generalidade, colocam, no primeiro plano da sua argumentação, o princípio *emptio non tollit locatum*.

26. DOUTRINA DE DERRUPPÉ

I. O autor francês JEAN DERRUPPÉ apresentou, há já alguns anos, uma tese em que a natureza real do direito do locatário era energicamente defendida (53).

(50) In *Classification des droits réels et des droits personnels* cit., p. 575, nota (1).

(51) O que é possível, à face do Direito francês.

(52) In *Prescrição Aquisitiva* cit., volume I, p. 216.

(53) *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1952.

Começa ele por tecer múltiplas considerações sobre a evolução da locação e das doutrinas com ela conexas (54), chamando, nomeadamente, a atenção para o facto da doutrina de TROPLONG, vencida no Tribunal da Cassação, bem poder renascer, com sucesso, mercê do contínuo incremento, operado por via legislativa, das faculdades do locatário (55).

II. Analisando, depois, os critérios de distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito, DERRUPPÉ chega à conclusão de que devem ser abandonadas quaisquer tentativas de operar uma separação, com base na chamada *oponibilidade erga omnes* dos primeiros e na pretensa *oponibilidade inter partes* dos segundos. De facto, segundo este autor, todos os direitos devem ter uma oponibilidade absoluta. «Quando um direito é criado, constitui um facto social cuja existência se impõe a todos» (56). Esta oponibilidade geral sofreria excepções, quer no campo dos direitos reais, quer no dos pessoais, nomeadamente as ditadas pela necessidade de preservar a boa fé das pessoas.

DERRUPPÉ chega a esta conclusão, aparentemente tão pouco ortodoxa (57), chamando, para o efeito, em seu auxílio, a teoria da *eficácia externa das obrigações* — segundo a qual estas seriam oponíveis a terceiros de má fé, nomeadamente ao terceiro-cúmplice — e a *inoponibilidade dos direitos reais* a terceiros de boa fé, — *maxime* no princípio *posse vale titulo*. Assim sendo, poder-se-ia facilmente inferir que, *quer os direitos reais, quer os direitos de crédito, são oponíveis a terceiros de má fé e inoponíveis a terceiros de boa fé* (58).

(54) *La nature juridique* cit., pp. 16 e ss.

(55) *La nature juridique* cit., p. 22.

(56) DERRUPPÉ, *ob. cit.*, p. 221.

(57) Tentamos, nos nossos *Direitos Reais* cit., I volume, n.º 140 e ss. demonstrar que a *absolutidade* não é característica específica dos direitos reais. Pelo prisma dos créditos, vide o nosso *Direito das Obrigações* cit., n.º 91 a 99.

(58) Vide DERRUPPÉ, *ob. cit.*, pp. 218 e ss.

III. Assim sendo, o direito real caracterizar-se-ia, simplesmente, pelo seu objecto — a coisa — e pela sua forma de aproveitamento. Nenhuma dificuldade haveria, então, em considerar como real, o direito do locatário. Citamos DERRUPPÉ: (59)

«Assim, encontram-se nas prerrogativas acordadas ao locatário em relação à coisa locada os elementos necessários para poder concluir da existência dum prédio real de gozo: primeiro poder de utilização de uma coisa, poder de retirar de uma coisa certas vantagens; em segundo lugar, poder de utilização própria, isto é, poder que permite ao seu titular retirar as vantagens referidas por sua própria conta; enfim, poder de utilização reconhecido e protegido pela ordem jurídica».

IV. A tese de DERRUPPÉ passou muito despercebida em França como noutros países (60). É, no entanto, duma clareza cristalina: se, como ele quer, direitos reais são aqueles que conferem a uma pessoa um poder sobre uma coisa e direitos de crédito são os que concedem o poder de exigir, a uma pessoa, determinados serviços (61), é fácil qualificar o direito do locatário como direito real de gozo, desde que se prove não ser ele a mera resultante dos tais serviços...

E é essa demonstração que, apesar de fácil, em nossa opinião, DERRUPPÉ não faz integralmente. Demasiado preo-

(59) *Ob. cit.*, p. 305.

De DERRUPPÉ podemos aproximar MAXIME CHAUVEAU, que escreve (*Classification nouvelle des droits réels et personnels cit.*, pp. 573-574) «O locatário tem sobre a coisa um poder directo de utilização. Ele retira dela todas as vantagens previstas, pelos seus próprios meios, sem ter necessidade de recorrer ao locador (...) finalmente, todas essas vantagens que o locatário é autorizado a retirar, ele próprio, têm um valor pecuniário: são apreciáveis em dinheiro». Recordamos que este artigo de CHAUVEAU foi escrito em 1931, sendo, assim, anterior à tese de DERRUPPÉ.

(60) De tal maneira que não lhe conhecemos críticas, mas apenas referências, feitas normalmente, por autores que defendem a natureza real do direito do locatário.

(61) DERRUPPÉ, *ob. cit.*, p. 290.

cupado em reformular a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito, DERRUPPÉ acaba por fazer depender a qualificação duma conceitologia que, apesar de aliciente, não deixará de levantar inúmeras dúvidas e perplexidades entre os juristas.

Ora, em nosso parecer, a natureza do direito do locatário deve ficar bem clara, seja qual for a teoria perfilhada em sede de conceito de direito real (62).

27. DOCTRINA DE LAZZARA

I. Pelo prisma descritivo que temos vindo a assumir, cabe, agora, analisar a doutrina de LAZZARA (63). Este autor tem a particularidade de defender a natureza real do direito do locatário sem preconizar quaisquer novas teorias no tocante à melindrosa distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito. Parte, efectivamente, de bases muito seguras, que não podem, «a priori» deixar de concitar o apoio de juristas integrados nas mais diversas tendências.

II. Analisando o direito do locatário, LAZZARA afasta, sem dificuldades, as teses obrigacionistas da prestação positiva do locador, *quotidie et singulis momentis* e da sua prestação negativa (64), acabando por concluir que, mesmo juridicamente, «... o interesse do locatário *se actua directamente mediante a utilização do bem*». (65)

(62) Da mesma forma, CHAUVEAU pode ser acusado de fazer depender a natureza real do direito do locatário unicamente da versão extremista da doutrina do *poder directo e immediato* que defende. Levado por esse excesso, CHAUVEAU acaba por negar natureza real, por exemplo, à hipoteca.

(63) CARMELO LAZZARA, *Il Contratto di Locazione*, Milão, 1961. Pode ver-se um apanhado desta tese em MIRABELLI, *La Locazione* cit., pp. 37 e ss., acompanhado de algumas críticas.

(64) *Il Contratto di Locazione* cit., pp. 9 e 11.

(65) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 11. O sublinhado é nosso.

Prosseguindo na sua análise, LAZZARA, que neste ponto, tem, face ao direito italiano, de argumentar com cuidado, lançando não, nomeadamente, de jurisprudência constante (66), afirma que o locatário tem *as defesas possessórias*, podendo, inclusivé, usá-las contra o locador. Este não pode introduzir modificações que diminuam o gozo da coisa por parte do locatário; se o fizer, este usará as defesas possessórias, reconhecendo, a doutrina e jurisprudência dominantes em Itália, que, nessa eventualidade, se verifica, por parte do senhorio, um *ilícito extra-contratual e não o inadimplemento de quaisquer obrigações* (67).

III. Preocupando-se, depois, com a aquisição do direito do locatário, LAZZARA conclui que o direito de gozo deste resulta, automaticamente, do contrato (68). Quanto à natureza dessa aquisição, o autor opta *pelo seu sentido derivado*, na medida em que, no plano normativo, ela *depende inteiramente da existência prévia do direito do locador* (69). Donde a plena aplicação à situação locatícia dos dois brocardos *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat* e *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, amplamente consagrados, no tocante à locação, pelo Código italiano (70).

IV. Surge, seguidamente, a questão magna da oponibilidade do direito do locatário a terceiros. E aí, sem quaisquer sobressaltos, LAZZARA recorda que o direito do locatário é oponível:

— aos titulares de quaisquer direitos reais que, posteriormente, se venham a constituir sobre a coisa (71);

(66) *Il Contratto di Locazione* cit., pp. 170 e ss.

(67) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 16.

(68) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 48.

(69) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 81. A concepção de aquisição derivada, que aliás contestámos (nos *Direitos Reais* cit., II volume, n.º 209) e que consta da obra de LAZZARA que temos vindo a citar presta-se a várias críticas. Mas a conclusão é inegável: o direito do locatário depende inteiramente, do direito do locador.

(70) E pelo Código português, também.

(71) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 119, *maxime*.

- aos credores do locador, cuja execução não perturba a locação anteriormente celebrada (72);
- aos titulares dos chamados direitos pessoais do gozo(73);
- a terceiros que não tenham qualquer direito sobre o bem locado (74).

Posto o que nenhuma dificuldade existe em verificar que o direito do locatário não se esgota, de forma alguma, *numa relação entre o locador e o locatário*, sendo oponível a terceiros. Daqui, como corolário, deriva (75):

- que o locatário pode pedir o ressarcimento dos danos causados por quaisquer terceiros;
- que o locatário tem legitimidade para se defender, em juízo, das pretensões formuladas por quaisquer terceiros;
- que o locatário pode exigir a entrega da coisa das mãos de quaisquer terceiros em que, indevidamente, se encontre.

V. LAZZARA pode, tranquilamente, afirmar, no direito do locatário, a verificação das duas características tradicionalmente assacadas ao direito real: a *imedição* e a *absolutidade* (76). *Imedição* na medida em que goza a coisa sem qualquer dependência da vontade do locador; *absolutidade* porquanto pode opor o seu direito *erga omnes*. Ao direito do locatário tem, pois, de ser reconhecida, pacificamente, natureza real.

A doutrina de LAZZARA é, ao que sabemos, a mais sólida e completa defesa da natureza real do direito do locatário, feita recentemente. Pensamos que mereceria uma maior divulgação, tanto mais que, pela segurança de raciocínio que exhibe, não faz, de modo algum, perigar os esquemas consagrados do Direito Civil.

(72) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 120.

(73) *Il Contratto di Locazione* cit., p. 124.

(74) *Il Contratto di Locazione* cit., pp. 126-127.

(75) *Il Contratto di Locazione* cit., pp. 128 e ss.

(76) *Il Contratto di Locazione* cit., pp. 143 e ss.

28. *DOCTRINA DE PAULO CUNHA*

I. Entre nós, pertence, ainda, a PAULO CUNHA a mais significativa defesa da natureza real do direito do arrendatário (77). Por isso e pela sua especial acuidade, vamos tentar, aqui, a sua exposição sintética (78).

II. PAULO CUNHA começa por chamar a atenção para a «flagrante semelhança entre o arrendamento e a enfiteuse», a atentar-se nas respectivas definições. Posto o que acentua o contínuo incremento que, por via legislativa, já nessa altura havia sido concedido aos poderes do locatário.

O autor sistematiza, depois, três ordens de argumentos a favor da natureza do direito do arrendatário:

- a) Traços que aparentemente inculcam o carácter real do arrendamento, mas que na verdade nada significam;
- b) Soluções legais que, embora não impondo a realidade do arrendamento, já a pressupõem como a solução mais lógica e natural;
- c) Elementos decisivos a favor da natureza real do direito do arrendatário.

III. São traços que *aparentemente inculcam a natureza real do direito do arrendatário*:

- 1.º A definição legal que resultava do art. 1595.º do Código de Seabra e do art. 1.º do Decreto n.º 5411: «Dá-se contrato de locação, quando alguém *trespassa a outrem*, por certo tempo e mediante certa retribuição, o uso e fruição de certa coisa».

(77) O problema suscitava-se a propósito do arrendamento, e não da locação em geral, uma vez que, pelo direito então vigente, o aluguer era objecto de regras diferentes, que asseguravam uma menor ligação do locatário à coisa.

(78) O pensamento de PAULO CUNHA compreende-se no seu *Curso de Direito Civil — Direitos Reais*, por MARIA FERNANDA SANTOS e CASTRO MENDES, Lisboa, 1949-50, pp. 227 a 253.

PAULO CUNHA afasta este argumento por provar de mais: a definição em causa abrangia, também, o aluguer, cuja natureza real ninguém defendia.

- 2.º A *subsistência do arrendamento* para além da morte do senhorio e do inquilino.

Este elemento nada prova por ser, no direito português, *regra geral*, a transmissibilidade, por morte, das situações patrimoniais.

- 3.º A *equiparação* feita pelo art. 874.º, § 2, do Código de Seabra, *do regime do consignatário* — titular dum direito real — *ao do arrendatário*.

Mas não: para PAULO CUNHA, poderia haver, aqui, mera *equiparação de regimes* e não de naturezas.

IV. São soluções que, embora *sem impor* a natureza real do direito do arrendatário, *já a pressupõem como a mais natural*, nomeadamente:

- 1.º A cessação do arrendamento nos casos normais de cessação dos poderes do usufrutuário, fiduciário ou administrador que o tenham celebrado;
- 2.º A possibilidade concedida ao arrendatário de fazer, ele próprio, *reparações no prédio*, consubstanciando um poder de *transformação* típico do proprietário;
- 3.º A faculdade que tem o arrendatário comercial — e aquele que usa o prédio para o exercício de profissão liberal — de *trespassar o seu direito, sem autorização do senhorio*;
- 4.º A consagração, em favor do senhorio ou do inquilino, em certos casos, de *direitos de prelação* — de preferência — na alienação dos direitos respectivos.

V. Finalmente, são elementos que, *necessariamente*, implicam a natureza real do direito do arrendatário:

- 1.º A *subsistência do arrendamento*, independentemente da transmissão da propriedade do prédio, a título singular, *inter vivos*. Lembramos que neste ponto,

com TROPLONG, tudo começara, um século atrás.

- 2.º A possibilidade, conferida ao inquilino, de utilizar a *defesa possessória* contra quaisquer pessoas (79).

VI. A doutrina de PAULO CUNHA, pela sua incisiva clareza bem poderia, caso tivesse conhecido maior divulgação, ter resolvido o problema da natureza do direito do arrendatário, a favor da realidade, já no âmbito do Código de Seabra e legislação contemporânea. Apenas nos permitimos formular dois reparos:

— a argumentação desenvolvida encontra-se demasiado presa à concepção do direito real como poder directo, que PAULO CUNHA defendia;

— não há, face ao direito vigente — a situação seria, eventualmente, outra, ao tempo em que o autor proferiu as suas lições — razão bastante para cindir, desta forma, as naturezas do arrendamento e do aluguer.

§ 9.º DOCTRINAS MISTAS

29. AS DOCTRINAS MISTAS

I. Face à controvérsia que temos vindo a registar e que se verifica entre aqueles que defendem a natureza creditícia

(79) PAULO CUNHA chama a atenção, habilmente, para o facto de os meios possessórios atribuídos ao inquilino, funcionarem como autênticas acções reais. De facto, o inquilino que quisesse usar delas teria de alegar o seu direito; além disso, só decairia contra quem tivesse melhor arrendamento ou contra o verdadeiro proprietário da coisa, se tivesse contratado com um falso proprietário. Quer num caso, quer noutro, apenas depararíamos com uma normal prevalência entre direitos reais ... Pensamos, contudo, que, tendo o locatário autêntica posse da coisa, em nome próprio e nos termos do seu direito, basta-lhe alegá-la, para mover acções possessórias.

do direito do locatário e os que propugnam pela sua natureza real, não podiam deixar de se manifestar doutrinas conciliatórias ou de compromisso. Nessa linha, vai dizer-se, e tentar justificar-se, que o direito do locatário é real e pessoal, simultaneamente, ou que, pelo menos, apresenta características que relevam das duas categorias mencionadas.

II. Assim, temos, em primeira linha, CUNHA GONÇALVES⁽⁸⁰⁾. Diz esse autor:

«Não pode, hoje, contestar-se a *realidade* do direito do locatário, visto que este o pode defender com acções possessórias e embargos de *terceiro*, contra turbações de direito e de facto praticados, quer por terceiro quer pelo próprio senhorio (...) Além disto, a chamada *propriedade comercial*, que abrange o direito ao arrendamento dum estabelecimento comercial ou industrial, direito que pode ser transmitido *sem autorização do senhorio* e, em regra, não caduca por morte deste, confirma este carácter do direito do locatário»⁽⁸¹⁾.

Mas, mais adiante, acrescenta:

«Doutro lado, que o arrendamento é também um *direito pessoal* vê-se pelo seguinte: *a)* o arrendatário pode ser *despejado* por faltar a certas obrigações contratuais; *b)* o arrendatário pode *despedir-se* e o suposto direito real extingue-se; *c)* os seus direitos *não são iguais* aos do usufrutuário ou do enfiteuta, pois o locatário não pode vendê-los, nem hipotecá-los; a sub-locação depende, em regra, de autorização do senhorio e pode cessar pela transmissão da coisa locada»⁽⁸²⁾.

III. A conclusões também ambivalentes chega ALMEIDA RIBEIRO, no seu estudo sobre a natureza do direito do arrendatário⁽⁸³⁾.

(80) *Tratado de Direito Civil* cit., volume IX, pp. 60 e ss.

(81) *Tratado de Direito Civil* cit., vol. IX, p. 61. Os sublinhados correspondem a caracteres itálicos, no texto original.

(82) *Tratado de Direito Civil* cit., vol. IX, pp. 61-62.

(83) JOSÉ DE ALBUQUERQUE DE ALMEIDA RIBEIRO, *Natureza Jurídica do Direito do Arrendatário*, na Revista da Ordem dos Advogados, ano 8.º, n.ºs 1 e 2, 1948.

O autor começa por embrenhar-se na distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito, acabando por fixar-se na *imediação*, ou ausência de colaboração, como elemento diferenciador⁽⁸⁴⁾. Corolário fundamental seria, então, o *direito de sequela*⁽⁸⁵⁾.

Passando ao arrendamento, depois de várias considerações de ordem histórica, vai o autor rebater a tese clássica — personalista — fazendo, muito justamente, notar que o argumento extraído da expressão *faire jouir*, utilizada no Código Napoleão, não tem cabimento face aos textos legais portugueses⁽⁸⁶⁾. ALMEIDA RIBEIRO rebate, ainda, com êxito, outros argumentos tradicionais a favor da natureza creditícia do direito do arrendatário, como sejam os que se pretende tirar do facto de o acto de arrendar ser mero acto de administração, da não hipotecabilidade do arrendamento, etc.⁽⁸⁷⁾.

Tendo, porém, chegado ao ponto em que a qualificação do arrendamento como direito real não ofereceria, já, grande dificuldade, o autor, impressionado pelo facto do arrendatário não se poder defender contra reivindicações de terceiros o que seria manifestação de ausência de sequela, mas reconhecendo que esta existe em caso de transmissão de coisa locada, vai dizer que «... o direito do arrendatário, tal como está, é um direito de natureza mista». ⁽⁸⁸⁾

IV. Embora sem tanta clareza, muitos outros autores optam por orientações mistas. Assim sucede com os que colocam o direito do locatário em zonas de *fronteira*, com os que o consideram um direito ambíguo e com os que proclamam a sua

(84) Citamos o autor, a p. 177 da *Natureza Jurídica do Direito do Arrendatário*: «Da relação jurídica real surge um poder que se exerce sobre uma coisa e para o exercício do qual não é necessária senão a intervenção dum sujeito (...) Pelo contrário, «da relação jurídica de direito de crédito surge o direito a uma prestação e para o exercício dele há a necessidade de intervenção de dois sujeitos ...»

(85) *Natureza jurídica do Direito do Arrendatário* cit., pp. 178-179.

(86) *Idem*, pp. 184-185.

(87) *Idem*, pp. 186 e ss.

(88) *Idem*, p. 199.

próxima passagem à categoria de direito real, mercê das contínuas alterações legislativas que lhe são favoráveis.

30. REFUTAÇÃO

I. Pensamos que não devem ser aceites, no tocante à questão da natureza do direito do locatário, quaisquer teses mistas ou de compromisso. E isso quer por razões de *ordem teórica*, quer por razões de *ordem prática*.

II. Do ponto de *vista teórico*, há que ter presente derivar o direito subjectivo⁽⁸⁹⁾ de dois polos claramente singulares: o *sujeito*, destinatário da norma permissiva e o *bem* posto pelo Direito à disposição do titular. O tipo de bem — ou a forma do seu aproveitamento — vai ditar a natureza real ou pessoal do direito considerado.

Assim sendo, não é admissível que *uma mesma* permissão normativa confira, em simultâneo, o aproveitamento de coisas corpóreas e de prestações (ou de coisas corpóreas mediante prestações). Caso semelhante malabarismo fosse tentado, estaríamos face, não já a uma mas a duas permissões normativas, o que é dizer, face a dois direitos subjectivos.

Portanto, um direito subjectivo ou é real, ou é pessoal; não pode ser real e pessoal porque isso implicaria uma duplicidade normativa, incompatível com a unidade do próprio direito em causa.

III. Do ponto de *vista prático* a aceitação de direitos mistos — pessoais e reais — iria lançar na *inutilidade* todo o esforço, consubstanciado em milénios de estudos, tendente a tipificar, em regimes caracteristicamente diferentes, os com-

(89) Trabalhamos com base no conceito de direito subjectivo que temos por assente: «permissão jurídico-privada de aproveitamento de determinado bem». Pensamos, contudo, que as asserções que seguem são aplicáveis a qualquer outra versão do conceito de direito subjectivo.

plexos normativos dirigidos aos direitos reais e aos direitos de crédito. Face a um «direito misto», que normas aplicar?

Se a perspectiva dogmática do Direito não chegasse, as necessidades práticas exigiriam, por parte dos estudiosos, maior minúcia no sentido da correcta qualificação das situações subjectivas como reais ou pessoais; a aplicação de todo um universo normativo disso depende.

IV. Não negamos a essência compreensiva do direito subjectivo, finalisticamente dirigido para o aproveitamento de determinado bem. Essa orientação finalista possibilita o aparecimento de *obrigações acessórias* no conteúdo dos direitos reais e de *direitos reais instrumentalizados* ao lado das obrigações⁽⁹⁰⁾. Sirvam de exemplo as obrigações de vizinhança, no primeiro caso e as garantias reais, no segundo. Nunca pode, no entanto, haver dúvidas razoáveis no que toca ao imediato reconhecimento do direito principal, não prejudicado pela eventual diversidade dos direitos acessórios. A simbiose nunca é tão grande que os componentes dos complexos subjectivos em causa se interpenetrem estruturalmente, com o consequente aparecimento de uma resultante mista.

Não negamos que na situação locatícia — situação eminentemente complexa — surjam, analiticamente, vários direitos, entre os quais, certamente, algumas obrigações. Mas o direito do locatário em relação à coisa, tomado como realidade normativa fundamental, no conjunto, será, forçosamente, ou real ou pessoal. Caso contrário teríamos uma estranha anormalidade, muito justamente apelidada de *monstro jurídico*, nas palavras de FERRY e DEMOLOMBE⁽⁹¹⁾.

(*Continua*)

(90) Tentámos a análise deste fenómeno, pelo prisma do Direito das Coisas, avançando uma distinção entre *direitos reais puros* e *direitos reais combinados*. Vide os nosso *Direitos Reais* cit., I volume, n.º 161.

(91) Citados em DERRUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail* cit., p. 16.