

DA NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

Pelo Dr. António Menezes Cordeiro

(Conclusão)

CAPÍTULO IV

ESTUDO ANALÍTICO DA NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

31. GENERALIDADES; SEQUÊNCIA

I. O estudo sistemático das doutrinas formuladas a respeito da natureza do direito do locatário já nos permitiu alcançar um conhecimento geral da problemática em causa.

Uma tomada de posição final, minimamente fundamentada, exige, agora, um *estudo analítico* dos factores de que depende a qualificação do direito do locatário como real ou creditício. A tal nos vamos, pois, abalançar.

II. Pensamos dever esclarecer, desde já, que toda a averiguação subsequente será consagrada ao direito do locatário, no seu conjunto, e não apenas ao direito do arrendatário. Nenhuma razão existe, hoje, para discriminar o aluguer (1);

(1) Defendemos esta orientação nos nossos *Direitos Reais* cit., volume II, n.º 311, II. Anteriormente, já OLIVEIRA ASCENSÃO havia admitido a hipótese de o aluguer ser um direito real (in *Direitos Reais* cit., p. 520, em nota).

mas em compensação, avançamos três razões para um tratamento unitário do problema:

- 1.º o princípio *emptio non tollit locatum*, pedra de toque, desde TROPLONG, da natureza do direito *sub judice*, foi estendido, pelo artigo 1057.º do Código Civil de 1966, também, ao aluguer (2);
- 2.º as acções possessórias, um dos elementos decisivos a favor da natureza real do direito do locatário, segundo a doutrina de PAULO CUNHA, foram atribuídas pelo mesmo Código Civil, indistintamente, a todos os locatários (3);
- 3.º a locação, quer do ponto de vista formal — pela compleição que o seu tratamento assume no Código Civil — quer do ponto de vista científico, apresenta uma unidade essencial, ditada pela história, que não deve ser comprometida, sem prejuízo das diferenças advenientes da diversa natureza das coisas a que respeite. Não se descortina, porém, qualquer razão para que o carácter real de um direito subjectivo deva ser determinado pela natureza móvel ou imóvel do seu objecto.

III. A precisa determinação da natureza do direito do locatário emerge, mercê do estudo sistemático já elaborado, da ponderação dos seguintes factores:

- *emptio non tollit locatum*;
- a posse do locatário;
- a oponibilidade, do direito do locatário;
- o tipo de gozo proporcionado pela locação;
- outros.

Será essa a sequência do nosso trabalho.

(2) Ao passo que, pela anterior legislação, só se verificava no campo do arrendamento: art. 1619.º do código de Seabra e art. 23.º do Decreto n.º 5411.

(3) O Decreto n.º 5411, no seu artigo 20.º, apenas as atribuída ao arrendatário.

§ 10.º **EMPTIO NON TOLLIT LOCATUM**

32. O ARTIGO 1057.º DO CÓDIGO CIVIL

I. Tivemos o ensejo de referir o aparecimento do princípio *emptio non tollit locatum*, no art. 1743.º do Código de Napoleão (1), ao arripio do que impunha um estrito respeito pela tradição romanista (2). Abordámos, também, a sua inexistência no Direito português anterior às Ordenações, sem embargo da consagração de várias excepções (3), numa situação que viria a ser alterada, apenas no tocante ao arrendamento, pelo art. 1619.º do Código de Seabra, corroborado pelo art. 34.º do Decreto n.º 5411 e pela Base VII, n.º 1, da Lei n.º 2114.

Trata-se, agora, de examinar os termos do problema, no Direito português vigente.

II. O artigo 1057.º do Código Civil dispõe:

«O adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato sucede nos direitos e obrigações do locador, sem prejuízo das regras do registo»,

pretendendo, com esta fórmula, exprimir, o que os códigos civis italiano e francês articulam, dizendo, respectivamente:

«O contrato de locação é oponível ao terceiro adquirente...» (4)

e

«Se o locador vender a coisa locada, o adquirente não pode expulsar...» (5)

(1) Supra n.º 10.

(2) Supra n.º 7.

(3) Supra n.º 9.

(4) Artigo 1599.º.

(5) Artigo 1743.º.

Uma primeira leitura desse preceito logo revela que a lei civil portuguesa veio reforçar, ainda mais, a tendência geral para não referir o princípio *emptio non tollit locatum pelo prisma da situação jurídica do locatário*.

Averiguemos, rapidamente embora, o porquê dessa formulação.

III. Foi autor do anteprojecto do Código Civil, na parte reservada à locação, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, que, tanto quanto sabemos, sempre defendeu a natureza pessoal do direito do locatário.

Efectivamente, nas suas lições sobre o arrendamento, GALVÃO TELLES ensinava, em determinado passo, que, se o direito do arrendatário sobrevivia à transmissão do prédio locado «...isso dá-se simplesmente porque com o prédio se transmite a posição jurídica do senhorio, da qual faz parte a obrigação que do direito do arrendatário é correlativa» (6).

GALVÃO TELLES teve a ocasião de ponderar, na sua exposição de motivos do articulado proposto para o Código Civil, em sede de locação, a questão da natureza do direito do locatário, opinando:

«A tese pessoal do instituto locativo, que tem por si a tradição, deve manter-se» (7).

E isto porque: (8)

- a difícil delimitação das fronteiras entre o arrendamento e a enfiteuse está feita e é «um progresso que não deve perder-se»;
- as partes que queiram vazar a utilização de coisa alheia em moldes reais têm outras instituições: enfiteuse, usufruto, uso e habitação;
- a subsistência do direito locativo como direito pessoal «torna mais maleável o sistema, porque põe à

(6) *Arrendamento* cit., p. 307.

(7) *Contratos Civis*, na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano IX, p. 177.

(8) GALVÃO TELLES, *Contratos Civis* cit., pp. 177-178.

disposição dos interessados maior variedade de instrumentos jurídicos»;

- a natureza pessoal do direito locativo se o enfraquece, por um lado, fortalece-o, por outro; o locatário «... beneficia do vínculo que o liga ao locador, investido perante ele de importantes obrigações que formam o conteúdo do seu direito».

IV. O pensamento do autor material do anteprojecto do capítulo reservado à locação não podia deixar de transparecer no texto que seria consagrado como Código Civil. Daí que, na linha da linguagem obrigacionista, utilizada pelo Código Civil, no campo do pacto locatício, o art. 1057.º tenha consagrado o brocardo «emptio non tollit locatum» *sem fazer qualquer referência directa nem à situação jurídica do locatário, nem à oponibilidade ou, sequer, subsistência, das relações locatícias.*

Nenhuma dúvida deve, no entanto, subsistir quanto ao significado do art. 1057.º do Código Civil: a fórmula o «adquirente ... sucede nos direitos e obrigações do locador», implica que a situação locatícia complexa se mantenha inalterada, não obstante a modificação na identidade dum dos seus sujeitos. No tocante ao locatário, infere-se, daqui, que ele, apesar da transmissão, *mantém as mesmas possibilidades de actuação em relação à coisa, e as mesmas faculdades e adstrições em relação ao novo locador.*

É esta, aliás, a interpretação que, com unanimidade, tem sido dada ao art. 1057.º (9).

33. A «TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL»

I. Como explicar a norma «emptio non tollit locatum» que vimos resultar do art. 1057.º do Código Civil? O princípio

(9) Por todos, vide FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, volume II, Coimbra, 1968, p. 322. Parece-nos menos clara a elaboração de JOÃO DE MATOS, *Manual do Arrendamento e do Aluguer cit.*, volume II, pp. 307 e ss.

básico e geral do Direito das Obrigações — o da *autonomia privada* (10) — é incapaz de dar indicações satisfatórias a esse respeito. Muito pelo contrário: se o locatário goza uma coisa como produto duma obrigação de fazer gozar, de deixar gozar ou, até, de proporcionar o gozo, a subsistência, nas transmissões, da situação jurídica locativa equivale a dizer que o novo locador se vai encontrar investido nessa obrigação contratual, independentemente de ter manifestado qualquer vontade em tal sentido.

II. A doutrina tradicional começa por constatar o facto, imposto pela lei, da subsistência da situação do locatário nas transmissões (11). A sua própria coerência interna obriga-a, depois, a explicar o fenómeno sem extravazar dos esquemas creditícios que adopta. Existem, no entanto, várias orientações.

A mais conhecida, entre nós é, precisamente, a da *transmissão da posição contratual*, que propugnada por GALVÃO TELLES, mereceu acolhimento formal no Código Civil (12).

III. GALVÃO TELLES começa por considerar a figura geral da *transmissão do contrato*, como o fenómeno pelo qual um contrato, inicialmente encabeçado por uma pessoa, viria a sê-lo por outra, *circulando*. Essa circulação poderia surgir:

- ou em virtude de novo contrato;
- ou em virtude da lei.

No primeiro caso teríamos *uma cessão*; pelo contrário, no segundo, configurar-se-ia *uma transmissão legal*. A transmissão legal poderia ser *universal*, como na sucessão *mortis causa*, ou *singular*, quando apenas estivesse em causa uma única situação

(10) Cf. o nosso *Direito das Obrigações* cit., volume I, n.º 14 e ss.

(11) Assim, GALVÃO TELLES, *Arrendamento* cit., p. 307 e PIRES DE LIMA, «Anotação ao acórdão de 4 de Maio de 1946», na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 89.º cit., p. 280.

(12) A secção V do capítulo reservado à locação, onde se compreende a *emptio non tollit locatum*, vem, precisamente, epigrafada *transmissão da posição contratual*.

contratual. «Exemplo característico é o da transferência do arrendamento, pelo lado do senhorio quando aliena o prédio...» (13).

IV. Em conclusão: O princípio da *emptio non tollit locatum* nada mais seria do que *um efeito derivado do facto de, por força da lei, com a transmissão da coisa locada, se operar a transmissão da posição do locador para o adquirente.*

34. OUTRAS ORIENTAÇÕES; CONSEQUÊNCIAS

I. Como dissemos, a *emptio non tollit locatum* tem conduzido a outros esquemas explicativos, para além da referida «transmissão da posição contratual».

O próprio GALVÃO TELLES já explicara o fenómeno, falando em *sucessão por força da lei* (14). Também MIRABELLI refere, como explicação, uma *sucessão a título particular* (15). GUARINO, por seu turno, pronuncia-se por uma *cessão ex lege* (16), preferindo TRABUCCHI a hipótese duma *sucessão ex lege* (17).

II. Merece destaque, pelo seu rigor científico, a concepção de MOTA PINTO. Este autor, preocupado em deter-

(13) INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2.ª edição, Lisboa, 1965, p. 368. Parece tomar posição semelhante PIRES DE LIMA que afirma: «... transmitindo-se o prédio, se transmite a posição contratual e obrigacional, e portanto o direito de receber as rendas e a obrigação de assegurar o uso e fruição do prédio ao arrendatário». Conclui o autor: «Tudo isto se passa independentemente da noção de direito real». (*Anotação cit.*, p. 280).

(14) *Contratos Civis cit.*, p. 178. Não há, propriamente divergência, para este autor, uma vez que, contra boa parte da nossa doutrina, considera como equivalentes as expressões *sucessão e transmissão*. Não temos de tomar, aqui, posição.

(15) Desta feita em *Il nuovo codice civile commentato*, livro IV, *Delle Obligazioni*, tomo II, Nápoles, 1952, pp. 112-113.

(16) *Locazione cit.*, p. 47.

(17) *Istituzioni di diritto civile*, 24.ª edição, Pádua, 1980, p. 775.

minar o tipo negocial da cessão da posição contratual, refere aquilo a que chama a «cessão legal ou forçada da posição contratual». Mencionando, a esse propósito, a continuação da relação contratual locatícia, no caso da transmissão da coisa locada por acto entre-vivos, o autor explica haver, aí, apenas uma *certa afinidade e não uma total coincidência* com a cessão da posição contratual (18). Isto porque, na aludida manutenção da relação locatícia apenas não se exige a confluência das três declarações de vontade que caracteriza o cessão da posição contratual (19): pelo contrário, nem o adquirente, nem o locatário podem, só por si, obstar à continuidade da locação celebrada (20).

Conclui, assim, MOTA PINTO:

«Daí que a categoria dogmática adequada a exprimir este efeito translativo da relação locatícia, inerente à transmissão do direito real onde assenta a posição de locador, seja a de sub-rogação legal no contrato de locação e não a de cessão do contrato» (21).

III. A doutrina tradicional, ao explicar, nalguma das variantes enunciadas, em termos creditícios, o princípio *emptio non tollit locatum*, não deixa de, da sua vigência, extrair conclusões de fundo.

A mais radical é a de TABET, que passamos a citar:

«... o princípio *emptio non tollit locatum*, longe de constituir a prova da realidade, é a confirmação duma absolutidade limitada, inconcebível nos direitos reais, que se actua apenas contra determinados terceiros ...» (22)

(18) CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, p. 86.

(19) *Cessão da Posição Contratual* cit., p. 72.

(20) *Idem*, p. 87.

(21) *Idem*, p. 87. Em nota, MOTA PINTO cita e critica PULEO que considera a figura como hipótese de *cessão legal de contrato*; refere, também, ANDREOLI, que distingue a cessão da sucessão *ope legis*, em que incluiria a resultante do artigo 1599.º do Código italiano.

(22) *Locazione* cit., p. 998.

Muito antes, aliás, já RICCARDO FUBINI⁽²³⁾ havia feito notar, a propósito do artigo 1597.º pelo qual, o Código italiano de 1865, introduzia o princípio *emptio non tollit locatum*, que, se o direito do locatário fosse real, poderia ser feito valer não apenas contra o terceiro adquirente, mas contra todos.

IV. Para além disso, refere certa doutrina que a *emptio non tollit locatum* não pode deixar de ter natureza excepcional⁽²⁴⁾: incomportável nos esquemas consagrados das relações creditícias, a sua vigência só é possível mercê da *expressa cominação legal*. Não seria possível a sua *aplicação analógica*, chegando a recomendar-se uma *interpretação restritiva!*⁽²⁵⁾

Sintetizando, podemos afirmar que a literatura creditícia tenta subsumir a manutenção das locações através da transmissão da coisa locada, nas diversas figuras consagradas de transferência dos direitos de crédito.

Posto o que pretende reforçar a sua própria concepção pessoalista do direito do locatário: a consagração expressa da *emptio non tollit locatum* é necessária por o direito em causa não ter — só por si — potencialidades para sobreviver às transmissões. Mais: a expressa oponibilidade da posição do locatário a terceiros adquirentes permitira inferir, *a contrario sensu*, uma inoponibilidade em relação às restantes pessoas.

Disto tudo, fácil seria inferir a natureza excepcional do princípio, com todas as consequências daí advenientes.

35. REFUTAÇÃO

I. Pensamos, salvo melhor opinião, que não devem ser acolhidas as construções creditícias engendradas para explicar o princípio *emptio non tollit locatum*. Sumariamente, pelo que segue.

(23) *Il Contratto di Locazione di Cose* cit., p. 44.

(24) GUARINO, *La Locazione* cit., p. 8.

(25) FUBINI, *Il Contratto di Locazione di Cose* cit., p. 50.

A mantermo-nos dentro dos parâmetros próprios do Direito das Obrigações, deparamos com figuras consagradas de transmissão de créditos e dívidas (26). E são elas, além do caso particular da *cessão da posição contratual*, a *cessão de créditos*, a *sub-rogação* e a *transmissão singular de dívidas*. A manutenção, nas transmissões da coisa locada, da situação locatícia, *não pode ser reconduzida a nenhuma dessas figuras*.

II. Assim:

- na *cessão de créditos* verifica-se a transferência, total ou parcial, dum direito de crédito, independentemente da vontade do devedor, por simples acto do credor (art. 577.º, n.º 1) (27). Na transmissão da posição do locatário, a vontade do locador é irrelevante para a transferência dos créditos nela compreendidos;
- a *sub-rogação* pode dar-se quando o credor recebe a prestação de terceiro (art. 589.º). Parece-nos de apreensão imediata que nada disto ocorre na efectivação do princípio que nos ocupa;
- a *transmissão singular de dívidas*, mais comumente designada como *assunção de dívida* ocorre por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor, ou por contrato entre o novo devedor e o credor (art. 595.º, n.º 1). Ora, na transmissão das dívidas locatícias, concomitante às vicissitudes da coisa locada, todas estas manifestações de vontade são desnecessárias e irrelevantes.

(26) Em geral, permitimo-nos remeter para o nosso *Direito das Obrigações* cit., n.º 234 e ss.

(27) Continuando esse preceito: «... contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor».

III. Para além dos aspectos sectoriais que temos vindo a referir, chamamos a atenção para o facto de a situação locativa ser extremamente complexa. *Não é, por isso, redutível, apenas, a direitos ou a obrigações.* Daí que a sua eventual transmissão só possa ser consubstanciada, com fidelidade, por *uma cessão de posição contratual*; com a coisa locada *transferem-se vários direitos e obrigações* uma vez que a locação pressupõe prestações recíprocas.

A esse respeito dispõe o art. 424.º, n.º 1, do Código Civil:

«No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão».

É, pois, indubitável, como já vimos dizer MOTA PINTO que, para a cessão da posição contratual, são necessárias *declarações de vontade* do *cedido*, do *cedente* e do *cessionário*, *num total, portanto, de três.* Como o princípio *emptio non tollit locatum* opera *sem uma única declaração de vontade* a tanto dirigida, parece-nos fácil o consenso no sentido de que não é utilizável, para o efeito pretendido, a cessão da posição contratual.

IV. Afastadas as clássicas formas negociais de transmissão das figuras creditícias, queda-nos a possibilidade, abundantemente explorada pelos seguidores das concepções tradicionais, da *transmissão legal*. A qualificação de determinada transmissão legal não pode, no entanto, ser arbitrária: tem de haver uma recondução a alguma das transmissões referidas na lei, com a especificidade das declarações de vontade serem substituídas por preceitos legais.

Por isso, afastamos, em absoluto, que se possa falar em *cessões*, *sub-rogações* ou *assunções legais*: mesmo abstraindo da ausência de declarações de vontade, verifica-se que a situação complexa emergente da locação, consubstanciada em várias

prestações recíprocas, é *insubsumível em qualquer das referidas figuras parcelares* (28).

Ficar-nos-ia, por isso, a possibilidade de uma *cessão legal da posição contratual* que, no fundo, surge como a defendida por GALVÃO TELLES, transparecendo no articulado do Código Civil (29).

V. A possibilidade duma *cessão legal da posição contratual* é, em abstracto, possível. A lei tudo pode! Mas ao intérprete assiste, depois, a exacta qualificação das figuras emergentes das regulamentações positivas.

A admissão da *emptio non tollit locatum* como cessão da posição contratual, ainda que legal, *não deixa de repugnar prima facies, à sensibilidade jurídica*: depararíamos, então, com uma cessão onde faltariam, pura e simplesmente, as três declarações de vontade características.

Para além disso, a existência de quaisquer transmissões legais é pouco consentânea com o teor geral do Direito das Obrigações. Efectivamente, esse importante ramo do Direito Civil é caracterizado pela plena vigência, no seu interior, do *princípio da autonomia privada*, com a *correlativa supletividade das suas normas* (30). Por isso, não é possível, sem violentar o espírito do Direito das Obrigações, introduzir, no seu seio, severas limitações à vontade das partes. E a referida violência atingiria um nível intolerável *quando as limitações eventuais redundassem em colocar uma pessoa numa posição contratual cujo contrato nunca por ela tivesse sido querido!* Caso isso sucedesse,

(28) Na sub-rogação o *desfazamento é total* pois, na subsistência da locação, não há nada que nos aproxime do modo de funcionamento e das finalidades implicadas por aquele instituto, tal como se encontra tecnicamente consagrado.

(29) Partindo do princípio que uma cessão legal da posição da contratual não exige, por definição, manifestações de vontade, deixa de ter razão a crítica de MOTA PINTO, que já referimos.

(30) Cf. PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, I, Lisboa, 1972, pp. 196 e ss.; desenvolvemos este ponto no nosso *Direito das Obrigações* cit., 1.º volume, n.º 22.

pensamos que a situação locatícia já nada teria de voluntário e, logo, de contratual.

36. POSIÇÃO ADOPTADA: A INEXISTÊNCIA DE «TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL» COMO SOLUÇÃO INDICIADA

I. Reconhecidas as dificuldades em reconduzir o princípio *emptio non tollit locatum* às fórmulas consagradas pelo Direito das Obrigações, há que suscitar a questão, teoricamente prévia, de saber se existe, aqui, efectivamente, alguma transmissão de posição contratual.

Admitamos, a título de hipótese, que o direito do locatário é um direito real. Nessa eventualidade, enquanto subsistisse, traduziria, em detrimento do direito do locador, uma afectação específica da coisa. Caso o locador transmitisse o seu direito, teria de o fazer tal e qual ele se encontrava no seu património, isto é, *diminuído pela concorrência do direito do locatário: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat!*

II. No fundo, estamos a suscitar a hipótese do presidente TROPLONG: se o direito do locatário for um direito real, não há qualquer dificuldade em explicar, juridicamente, a subsistência da locação nas transmissões: *o locador inicial limita o seu próprio direito sobre a coisa, ao locá-la; consequentemente, nada mais pode transmitir do que um direito limitado. E por isso mesmo, o adquirente nada mais pode receber do que esse mesmo direito assim limitado encontrando-se, no termo da operação, automaticamente, na posição do locador.*

III. Porque não havemos de tomar a hipótese, retirada da posição de TROPLONG, como solução do problema que nos ocupa?

É inegável — e a doutrina creditícia tradicional o tem, de

um modo geral, reconhecido⁽³¹⁾ — que a consagração do princípio *emptio non tollit locatum* levanta sérios problemas à textura, consagrada, do Direito das Obrigações. Já no princípio do século, FUBINI escrevia ser impossível entender a existência de tal princípio a não ser por razões de equidade⁽³²⁾, apressando-se, JOSSERAND, a explicá-lo por razões de ordem social⁽³³⁾. Outro tanto sucede, aliás, com DE RUGGIERO⁽³⁴⁾. Não nos interessa, porém, encontrar as *razões extra-jurídicas* da consagração da solução legal em causa, mas tão só determinar as suas implicações no domínio da técnica jurídica. Ora, neste ponto, não há dúvidas de que a aceitação da natureza real do direito do locatário simplifica todo o problema: *um direito real é inerente à coisa, permitindo a afectação desta, sejam quais forem as vicissitudes que se possam verificar!* Não haveria, conseqüentemente, qualquer transmissão contratual a explicar: apenas se verificaria a transferência, com todas as conseqüências, dum direito limitado pelo direito do locatário.

IV. Pensamos, porém, que não se deve pedir à consagração do princípio *emptio non tollit locatum* mais do que ela pode dar⁽³⁵⁾. É, efectivamente, *um indício a favor da natureza real*

(31) Dizem, por exemplo, AUBRY e RAU, no seu *Cours de Droit Civil Français*, tomo V, Paris, 1907, § 365, p. 288: «Bien que le droit du preneur ne soit qu'un droit personnel et mobilier, il n'est pas moins opposable, dans une certaine mesure, aux ayants cause du bailleur. Ainsi il peut être opposé à l'acquéreur de la chose louée...»

(32) *Il Contratto di Locazione di Cose* cit., p. 43.

(33) *Cours de Droit Civil Positif Français* cit., volume II, p. 579.

(34) *Instituições de Direito Civil*, tradução de ARY DOS SANTOS, volume III, Lisboa, 1935, p. 282.

Outros autores, como G. BAUDRY-LACANTINERIE e ALBERT WAHL, in *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, XX, *Du Contrat de Louage*, I, 3.^a edição, Paris, 1906, p. 385, explicam que o princípio introduzido pelo art. 1743.^o do Código de Napoleão apenas seria uma cláusula habitual, por isso tipificada na lei.

(35) Terá sido a falha de TROPLONG, assim se explicando a derrota da sua tese no tribunal da cassação. A aludida derrota, só por si, não é, porém, bastante, para, cientificamente, implicar a rejeição da realidade da locação, como parece querer JEAN BOULANGER, *Les con-*

do direito do locatário, uma vez que não pode ser explicado, sem alguma violência, pelos esquemas creditícios, ao passo que surge claro e evidente, à face das soluções do Direito das Coisas. *Mas apenas isso;* bem poderia suceder que a Ordem Jurídica, movida por quaisquer razões de política legislativa, associasse, à transmissão de certos direitos reais, injuntivamente, a transmissão de direitos de crédito. Se isso sucedesse, nenhum dos direitos implicados veria afectada a sua natureza.

Por outro lado, a inexistência de tal princípio também não permitiria, *só por si, rejeitar a natureza real do direito do locatário;* apenas significaria que o direito do locatário se extingiria com a transmissão do direito do locador. É bom lembrar que, tanto quanto sabemos, nunca se pretendeu definir os direitos reais pela sua forma de extinção.

V. Em conclusão: o princípio *emptio non tollit locatum* encontra *uma explicação natural* se se considerar o direito do locatário como um direito real, uma vez que, se assim for, não há que procurar quaisquer transmissões contratuais, que só levantam dúvidas e problemas. *É essa a posição que assumimos.* No entanto, pensamos fundamentá-la noutra ordem de argumentos, uma vez que o princípio em análise apenas pode ser tomado como indício.

A *emptio non tollit locatum* corresponde, no entanto, a uma tendência estrutural de evolução do contrato locatício, no sentido do reforço do direito do locatário⁽³⁶⁾. Bem natural é, por isso, que a sua consagração, a partir do Código de Napoleão, seja um sintoma de alteração da própria natureza do direito do locatário.

fits entre les droits qui ne sont pas soumis à la publicité, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XXIV, Paris, 1935.

(36) Neste ponto, tem muito interesse o estudo de EMILIO COSTA, *L'alienazione della cosa locata in rapporto col conduttore* (*Contributo alla storia dell'art. 1597 del Cod. Civ.*), na *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XII, 1914, I, pp. 197 a 211.

§ 11.º A POSSE DO LOCATÁRIO

37. DO CONCEITO DE POSSE; TEORIAS SUBJEC-TIVISTA E OBJECTIVISTA

I. A matéria referente à posse tem levantado, desde a antiguidade, as maiores dúvidas e dificuldades aos estudiosos do Direito. Daí o curioso epíteto de *crux et carneficina ingeniorum* ⁽³⁷⁾ que lhe tem sido atribuído. Esta complexidade explica-se pela evolução histórica do instituto, particularmente conturbada, pelas diversas funções que a posse tem sido chamada a desempenhar, pelos seus múltiplos efeitos e pela variedade das técnicas utilizadas no seu tratamento ⁽³⁸⁾.

Não podemos, naturalmente, empreender aqui o intento de apresentar uma construção harmónica da doutrina da posse. No entanto, como a eventual posse do locatário pode constituir um elemento importante na determinação da natureza do seu direito, pensamos dever indicar uma base mínima a partir da qual se desenvolverá o argumento subsequente.

II. Na tentativa de definir a posse, encontramos, em primeira linha, a noção contida no art. 1251.º do Código Civil, que dispõe:

«Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real».

Infelizmente, esta fórmula, que traduz, à letra, o artigo

(37) Cf. FRANCESCO SILVIO GENTILE, *Il Possesso nel Diritto Civile*, Nápoles, 1956, p. 1.

(38) Quanto aos diversos problemas mencionados, permitimo-nos remeter para os nossos *Direitos Reais*, I volume, n.º 133 e ss. e n.º 176 e ss. e II volume, n.º 269 e ss. e n.º 279 e ss., bem como para a bibliografia que referimos nesses locais.

1140 do Código italiano (39) não pode ser aceite. E isso por quatro razões:

- 1.^a *A posse não é um poder.* O estudo dos seus efeitos revela que a posse compreende, ou pode compreender, mais de um poder, bem como outras realidades que, a poderes, não podem ser reconduzidas. Basta compulsar os artigos 1268.^o e seguintes do Código Civil (40).
- 2.^a *Um poder não se manifesta.* Um poder, como realidade jurídica, exerce-se, manifestando-se, eventualmente, as actuações concretas que o seu exercício implique.
- 3.^a *Pode haver posse sem qualquer actuação.* Pense-se, simplesmente, nas hipóteses de constituto possessório (artigo 1264.^o) de sucessão na posse (art. 1255.^o), de esbulho, durante um ano (art. 1267.^o, n.^o 1, alínea d), a contrario), etc.
- 4.^a *Alguém pode actuar «por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real» e não ter posse.* Por exemplo, o proprietário que reivindica a sua coisa não tem, naturalmente, a posse. E no entanto, actua, por excelência, por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade.

III. Na impossibilidade de nos basearmos no Código Civil, teremos de subir às origens, no sentido de procurar uma orientação que se coadune com a regulamentação instituída pelo Direito português. À partida, todos aceitam que a posse deriva de uma situação *centrada em torno do exercício de determinadas actividades sobre uma coisa*. Mas esse exercício poderia não ser necessário nem suficiente, divergindo, a partir daqui, as opiniões dos peritos. Encontraram-se, frente a frente, duas téc-

(39) Parecer-nos-ia mais correcta a proposta de PINTO COELHO, no seu anteprojecto, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.^o 88, p. 139.

(40) A ideia da posse como poder está, aliás, ligada à de direito subjectivo, também como poder, que oportunamente rejeitámos.

nicas conhecidas, respectivamente, como *subjectivista* e *objectivista*.

Para SAVIGNY, o mais conhecido subjectivista, o «estado em que é possível não só exercer influência sobre uma coisa, mas também impedir toda a influência estrangeira» é a detenção (41). Mas essa detenção, *só por si, não é a posse*; quando muito traduz um dos elementos da posse: o *corpus* (42). De facto, pode-se verificar a influência imediata, por parte duma pessoa, sobre uma coisa, *sem que a isso corresponda qualquer situação digna de tutela legal*: pense-se nos contactos meramente casuais com as coisas, frequentes no dia-a-dia, ou na sua utilização na base, apenas, dum acordo momentâneo e precário com o seu proprietário. É para remover esse obstáculo que SAVIGNY recorre a um segundo elemento da posse: o *animus*. Diz ele: «Com efeito, toda a detenção, para se poder modificar em posse, deve-se exercer com intenção, ou seja, para ser possuidor, é preciso não só ter a detenção, mas é preciso ainda a vontade de a ter» (43). Essa vontade de a ter seria, para este autor, a vontade de a ter como proprietário: o «*animus domini*» (44).

IV. Contra a doutrina subjectivista de SAVIGNY se pronunciou IHERING (45). Este autor começa por caracterizar a teoria de SAVIGNY cuidadosamente — provavelmente

(41) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Traité de la Possession d'après les Principes du Droit Romain*, tradução da 6.ª edição alemã de JULES BEVING, Bruxelas, 1840, § 1.º, p. 24. A detenção seria o estado físico correspondente à propriedade, estado legal.

(42) MANUEL RODRIGUES, *A Posse*, Coimbra, 1924, p. 77.

(43) *Traité de la Possession* cit., § 9, p. 96. Quanto à origem histórica do *animus*, vide WALTER D'AVANZO, *Il Possesso*, Milão, 1939, p. 19.

(44) Limitamos, aqui, *brevitatis causa*, a análise do *animus* ao pensamento de SAVIGNY. O problema é, naturalmente, muito mais complexo; cf. MANUEL RODRIGUES, *A Posse* cit., pp. 80 e ss. e os nossos *Direitos Reais* cit., I volume, n.º 178, IV a VI.

(45) Utilizamos, de IHERING, os *Études Complémentaires de l'Esprit du Droit Romain*, III, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, tradução de O. DE MEULENAERE, Paris, 1891.

melhor do que qualquer subjectivista jamais o fizera antes dele — apelidando-a de «teoria subjectiva» ou «teoria da vontade». Posto o que a considera *absolutamente falsa* opondo-lhe, sob o nome da teoria objectiva, a sua própria opinião (46).

IHERING distingue entre a *relação possessória* e a *simples relação de proximidade local*. A relação possessória seria a «constatação do interesse que uma pessoa tem sobre uma coisa», pressupondo, nessa qualidade, três elementos: «solicitação da faculdade do desejo pela coisa», i. é o *interesse*, direcção da *vontade* para essa coisa e *realização* dessa vontade por meio do estabelecimento duma *relação exterior* com a coisa (47). É precisamente pela existência desse interesse que o direito acorda protecção à posse: «se a posse não apresentasse qualquer interesse, ele nunca a teria protegido» (48). Precisamente, na proximidade local não haveria qualquer interesse, donde a sua irrelevância para o Direito. No caso contrário, teria de haver sempre *corpus* e *animus*: *na realidade, o corpus não pode existir sem o animus, nem o animus sem o corpus*. Ambos nascem, ao mesmo tempo, pela incorporação da vontade na relação com a coisa. A posse não é a simples reunião do *corpus* e do *animus*, o que implicaria para cada uma dessas condições uma *existência prévia*, mas o *corpus* é o facto da vontade; não existe mais no passado do que a palavra antes de ser pronunciada. O *corpus* e o *animus* estão entre eles como a palavra e o pensamento (49).

V. Assim assente a incindibilidade do *corpus* e do *animus*, como autonomizar, segundo IHERING, a detenção? A distinção entre a posse e a «simples justaposição local à coisa» é popular: nada tem de jurídico (50). Mas o Direito é chamado a intervir para estabelecer a distinção entre *posse* e *detenção*. Para já, a detenção está sujeita às mesmas condições do que a

(46) *Du Rôle de la Volonté* cit. p. 6.

(47) *Du Rôle de la Volonté*, cit., pp. 17 a 20. Os sublinhados são, aqui, do próprio IHERING.

(48) *Du Rôle de la Volonté* cit., p. 21.

(49) IHERING, *Du Rôle de la Volonté* cit., p. 31.

(50) IHERING, *Du Rôle de la Volonté* cit., p. 35.

posse: *corpus* e *animus* (51). Admitida e tutelada a posse, há que admitir e tutelar a detenção: trata-se duma acção reflexa das noções jurídicas (52). Simplesmente, a protecção da detenção é menor do que a da posse. Mas de que depende essa diferença? É o ponto fundamental da doutrina de IHERING. Para SAVIGNY, a distinção operar-se-ia pelo *animus*, que faltaria na detenção. Mas, segundo a tese objectiva, a vontade apenas permite distinguir a posse da mera relação de proximidade local, a qual não interessa ao direito, ao contrário da detenção. «A divisão em posse e detenção não provem da vontade de possuir. Esta não tem nada com isso, pois é exactamente a mesma no possuidor e no detentor». Quer numa quer noutra existem *corpus* e *animus*: o detentor, apesar de reunir todos os requisitos não tem a posse porque o direito, movido por razões práticas, retirou-lhe os efeitos da posse (52).

VI. Por tudo isto, podemos sintetizar as duas orientações, em sede do conceito da posse, nos termos seguintes (53):

— para os *subjectivistas*, a posse será a afectação material, voluntária, em termos de propriedade, duma coisa corpórea, contrapondo-se à detenção que traduz uma afectação material «tout court».

(51) IHERING, *ob. cit.*, p. 37.

(52) IHERING, *ob. cit.*, p. 45.

(53) IHERING (*Le Rôle de la Volonté* cit., pp. 45-46) representa, algebricamente, as duas teorias, pelas fórmulas seguintes:

teoria subjectiva:

$$x = a + \alpha + c$$

$$y = a + c$$

teoria objectiva:

$$x = a + c$$

$$y = a + c - n$$

sendo:

$$x = \text{posse}$$

$$y = \text{detenção}$$

$$a = \text{vontade que tem de haver, segundo a teoria objectiva,}$$

— para os *objectivistas*, a *posse* é a afectação material — logo voluntária — duma coisa corpórea; a *detenção* é uma afectação idêntica a que uma expressa disposição legal retira a natureza de posse.

Para os primeiros, a detenção é a regra; para os segundos, a norma é, pelo contrário, a posse.

38. APLICAÇÕES DAS DOCTRINAS DA POSSE; O ÂMBITO DA POSSE

I. A querela entre os subjectivistas e os objectivistas não é, simplesmente, uma questão teórica; pelo contrário, corresponde a duas formas de encarar o fenómeno possessório, em especial, e o próprio Direito, em geral, com repercussões importantes nas soluções, depois encontradas, para solucionar problemas concretos.

A *concepção subjectiva da posse* deriva do pensar liberal dos primórdios do século passado. Por isso, põe o acento tónico do instituto possessório na *vontade individual* (54), no *animus*, tal como o considera, intimamente conexcionada com a *propriedade privada*. Daí que tenha conhecido expansão no século passado, irradiando a partir de França.

quer na posse, quer na detenção, sob pena de mera justaposição local («animus»).

α = vontade que deve haver, de acordo com a teoria subjectiva, na posse («animus domini»).

c = «corpus».

n = disposição legal que retira, à detenção, a sua qualidade de posse.

Cf. MANUEL RODRIGUES, *A Posse* cit., pp. 86-87; JOSÉ TAVARES, *Princípios Fundamentais* cit., p. 651; JAIME DE GOUVEIA, *Direitos Reais*, Lisboa, 1936, p. 176; ALBERTO MONTEL, *Possesso (Diritto Civile)*, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, p. 337.

(54) Paralelamente ao que, para esta orientação, sucederia com o direito subjectivo. Cf. RAYMOND SALEILLES, *De la possession des meubles — études de droit allemand et de droit français*, Paris, 1907, p. 44.

II. A doutrina subjectivista da posse tem, como efeito prático imediato, a *restrição do âmbito de aplicação dos efeitos possessórios* (55). Na sua versão mais pura, *só poderia haver posse nos termos do direito de propriedade*: é o que resulta da própria necessidade de *animus domini*. Assim, a interpretação que o próprio SAVIGNY faz das fontes romanas excluía a posse nos termos de servidões, de usufruto, de superfície, etc. (56). Mais recentemente, SIRO SALAZZI, que estudou o âmbito da posse no Direito romano, afirma que quer a posse, quer a *quasi possessio* só teriam tido aplicação ao usufruto (57) e às servidões (58) no período post-clássico. Numa versão mais moderada, haveria posse apenas, nos termos de direitos reais tradicionalmente considerados de gozo. Finalmente, uma variante mais aberta mas sempre subjectivista, admitiria a posse nos termos dos direitos reais em geral — com inclusão, portanto, do credor pignoratício.

Em qualquer das modalidades consideradas, certo é que, para os subjectivistas, não há posse por parte do locatário, do comodatário, do depositário e de titulares de direitos semelhantes.

III. A *concepção objectivista* da posse deve ser imputada à pandectística alemã, mais técnica e científica. *A priori é mais convincente*: na posse, é observável um exercício material sobre uma coisa, à semelhança do que se passa na detenção. Mas só a poder de malabarismos técnicos e literários é possível penetrar no espírito do possuidor, para nele descobrir um «*animus domini*».

(55) Cf. ALEX WEILL, *Droit Civil — Les Biens*, Paris, 1969, p. 308 e ss.; HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 67.

(56) Vide o *Traité de la Possession* cit., pp. 100 e ss. Estes direitos apenas dariam lugar a «quasi-possessio».

(57) *La tutela e il possesso delle servitù prediale*, Nápoles, 1949, p. 108.

(58) *Idem*, p. 137.

Tendo-se instalado no BGB — v. g. no § 854 — passou, depois, a outros Códigos civis, como o Suíço e o Brasileiro (59).

IV. A orientação objectivista da *posse acarreta a ampliação dos efeitos possessórios* que se verificam, segundo ela, salvo norma em contrário, em qualquer situação que implique o exercício de actividades materiais sobre coisas. O que permite beneficiar não só os titulares de direitos reais — ou de determinados direitos reais — mas também aqueles que, sobre a coisa, ajam nos termos de qualquer outro direito.

O detentor deve a sua situação inferior a disposições legais que expressamente lhe retiram a qualidade de possuidor que, em princípio, lhe assistiria. Essas disposições são, pela própria lógica do sistema, excepcionais. Não se descortinando qualquer disposição em contrário, toda a situação em que se exerçam poderes sobre uma coisa deve ser reconduzida à posse.

39. A POSSE NO DIREITO PORTUGUÊS; A PRETENSÁ ORIENTAÇÃO SUBJECTIVISTA DO CÓDIGO CIVIL

I. Interessa, agora, averiguar qual o conceito de posse recebido pelo Código português.

O Código de Seabra consagraria, no entendimento da doutrina dominante (60), uma orientação subjectivista. Pos-

(59) Vide ORLANDO GOMES, *Direitos Reais*, 4.ª edição, Rio de Janeiro e S. Paulo, 1973, p. 29. Essa orientação mantém-se no projecto de novo Código civil brasileiro; cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito das Coisas no Projecto de Código Civil Brasileiro e no Código Civil Português*, in *Reforma do Código Civil — Ciclo de Estudos*, Recife, 1975, p. 21.

(60) GUILHERME MOREIRA, *Direitos Reais*, s/d, p. 16; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil* cit., vol. III, p. 472; JAIME DE GOUVEIA, *Direitos Reais* cit., p. 195; GOMES DA SILVA, *Direitos Reais* cit., p. 137; DIAS MARQUES, *Prescrição Aquisitiva*, cit. I, p. 31; PIRES DE LIMA, *Noções Fundamentais do Direito Civil*, Coimbra, 1945, II, p. 128. Parece-nos, contudo, que já então seria possível a defesa de posições objectivistas (cf. art. 474.º do Código de Seabra). Dizia, aliás,

sivelmente levada pelo peso dessa tradição, a actual literatura jurídica nacional proclama, com unanimidade, a recepção das ideias de SAVIGNY. É a posição de HENRIQUE MESQUITA (61), PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (62), MOTA PINTO (63) e OLIVEIRA ASCENSÃO (64).

Pensamos, no entanto, que o Código Civil de 1966 consagra, muito claramente, uma orientação objectivista.

II. A doutrina subjectivista pretende, no Código vigente, fundamentar-se, essencialmente, nos artigos 1251.º e 1253.º

Diz-se que o artigo 1251.º do Código Civil acolhe, claramente, uma *orientação subjectivista* (65). Deve ser um equívoco: o art. 1251.º consagra, muito claramente, sim, uma orientação objectivista uma vez que, pretendendo definir a posse, *não inclui, no seu dispositivo, qualquer referência ao animus* ou a qualquer realidade subjectiva semelhante (66). Aliás, recordamos que o artigo 1251.º, do nosso Código, é mera tradução do artigo 1140.º do *Codice Civile* no qual, autorizada doutrina italiana, tem visto uma opção objectivista (67).

III. Mais delicada poderá parecer a argumentação subjectivista que se pretende retirar do art. 1253.º, cuja alínea *a*) refere como detenção «o exercício do poder de facto *sem*

que fora adoptada a tese de IHERING, JOSÉ TAVARES, *Princípios Fundamentais* cit., p. 653. Tem interesse a prosa de DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, vol. II, Lisboa, 1871, p. 9.

(61) *Direitos Reais* cit., p. 68.

(62) *Código Anotado* cit., III, p. 5.

(63) *Direitos Reais* cit., p. 189.

(64) *Direitos Reais* cit., p. 249.

(65) HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais* cit., p. 68; MOTA PINTO, *Direitos Reais* cit., p. 189.

(66) Tanto assim que PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, subjectivistas, reconhecem que o art. 1251.º não se refere ostensivamente ao *animus*. (*Código Anotado* cit., p. 5).

(67) Assim FRANCESCO DE MARTINO, *Del Possesso* (no *Commentario del Codice Civile*, livro III, *Della Proprietà*, organizado por ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA) Bolonha e Roma, 1966, p. 1. A questão não é, porém, pacífica.

intenção de agir como beneficiário do direito». Simplesmente, sob essa fórmula pouco clara, deve entender-se que o Código refere os chamados actos facultativos, isto é, as *situações vantajosas em que uma pessoa se encontre por força da inércia do titular dum direito real*. É essa, aliás, a opinião de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA ⁽⁶⁸⁾ e de HENRIQUE MESQUITA ⁽⁶⁹⁾. Ora, quando um acto seja facultativo, não há, pelo próprio artigo 1253.^o, posse, *seja qual for a intenção que anime o agente!* ⁽⁷⁰⁾

IV. Afastados, assim, os escassos argumentos subjectivistas que se pretenderam retirar da Lei civil portuguesa, nenhuma dificuldade existe em referir elementos decisivos a favor duma orientação objectiva. Bastarão os seguintes:

— O Código Civil adopta uma sistematização da posse nitidamente objectivista: depois de ter definido a posse sem qualquer recurso ao *animus* — art. 1251.^o — vai, *por excepção*, indicar os casos em que, não obstante se verificar o condicionalismo possessório, a lei não admite a posse. É o papel do art. 1253.^o ⁽⁷¹⁾.

— A posse conserva-se pela actuação — ou pela sua simples possibilidade — sobre a coisa, independentemente de qualquer vontade: art. 1257.^o.

— A posse adquire-se por várias formas, sem que nunca se refira o *animus* subjectivo: art. 1263.^o e ss.

— As pessoas não dotadas de razão podem adquirir a posse de coisas susceptíveis de ocupação; tais pessoas não podem, obviamente, ter vontade: art. 1266.^o

V. Sobre tudo isto, há que considerar razões de fundo, que derivam, claramente, do pensamento do próprio IHERING.

(68) *Código Anotado* cit., III, p. 78.

(69) *Direitos Reais* cit., p. 69.

(70) Não podemos, aqui, referir todo o *iter* seguido em torno da interpretação do art. 1253.^o do Código Civil. Remetemos, por isso, para os nossos *Direitos Reais* cit., I volume, p. 555 e ss.

(71) Que contém, assim, o factor *n* das fórmulas de IHERING.

Como pode o Direito, realidade social, trabalhar com estados de espírito? Isso seria apanágio da Moral. Como poder aplicar, na prática, uma teoria subjectiva? Ou se recorre, para esse efeito, a presunções legais — e então já não haveria uma autêntica consideração da vontade, mas tão só uma ficção — ou a indícios retirados do *corpus*. Ora, como diz IHERING, o *corpus*, porque jurídico, tem ínsita a própria vontade, o que é dizer: investigar o *animus* a partir do *corpus* é, no fundo verificar se há *corpus* — e logo posse — ou, apenas, justaposição local.

Fazemos nossas as palavras de IHERING (72):

«Dou-me por batido, eu e toda a minha teoria, se os meus adversários puderem citar um único caso em que a sua teoria tenha recebido uma aplicação prática por parte de qualquer tribunal».

VI. Para fortalecer esta nossa posição, chamamos a atenção para o facto das doutrinas, em sede do conceito de posse, se encontrarem, naturalmente, integradas em opções mais vastas, no seio dos estudos civis. Como dissemos, a orientação subjectivista deve ser reconduzida às posições voluntaristas do século XIX. Ninguém, hoje, defende o dogma da vontade, no campo do negócio jurídico, ou a teoria de WINDSCHEID, quanto ao direito subjectivo.

A mesma evolução científica que relegou tais posições para o campo das curiosidades históricas exige, hoje, a rejeição do conceito subjectivista da posse.

40. A POSSE DO LOCATÁRIO

I. Estamos agora munidos da instrumentação teórica necessária para averiguar da posse do locatário.

É certo que o locatário tem *a afectação material da coisa*: exerce, sobre ela, actividades que, não sendo, de forma alguma,

(72) *Le Rôle de la Volonté* cit., p. 7.

casuais, não podem ser reconduzidas a mera justaposição local. Assim sendo, o locatário *só será mero detentor se a sua situação puder ser reconduzida a alguma das hipóteses previstas no art. 1253.º do Código Civil*. No tocante às alíneas a) e b) dessa disposição não há qualquer aplicabilidade possível à situação do locatário: esta não consubstancia, naturalmente, nem actos facultativos, nem actos de mera tolerância.

Mas também não se pode subsumir o direito do locatário na alínea c) do mesmo artigo 1253.º: o locatário poderá possuir a coisa, em nome de outrem, nos termos, v. g., da propriedade; mas possui-a certamente, em nome próprio, nos termos do seu próprio direito de locatário.

A consagração, pelo Código Civil, da doutrina objectivista da posse implica, por si mesma, a existência de posse por parte do locatário.

II. Mas, se isso não bastasse, o Código Civil reconhece, expressamente, no locatário, um possuidor, ao atribuir-lhe, sem limitações, as acções possessórias, nos termos do seu artigo 1037.º, n.º 2. Já se tem pretendido que a atribuição, ao locatário, da defesa possessória implicava, *a contrario*, o reconhecimento da sua qualidade de não possuidor: se o fosse, qual a necessidade duma concessão suplementar? (73) Na verdade, é sabido que um conceitualismo exclusivamente lógico é incapaz de escolher entre uma interpretação analógica e uma interpretação *a contrario*, seja qual for o preceito considerado. Por isso, temos que recorrer a elementos extrínsecos, em vista à solução do diferendo. Assim sendo, parece não ser hoje seriamente defendível, face a um sistema baseado em situações substantivas, a existência de acções suspensas no vazio que não correspondam a quaisquer situações de base. Que situação poderá ser defendida por meios possessórios, senão a própria posse?

(73) É a ideia de PEREIRA COELHO, no seu *Arrendamento* cit., p. 18, nota (1). MOTA PINTO utiliza argumentação semelhante para excluir a posse do credor pignoratício (*Direitos Reais* cit., p. 196).

III. Além da argumentação referida, aprez-nos registar que, mesmo abdicando da posição objectivista, e ainda que não existisse disposição expressa atributiva, ao locatário, do contencioso possessório, a doutrina tradicional portuguesa era favorável à aceitação dum âmbito da posse que abrangeria não apenas o exercício de poderes nos termos de direitos reais, mas, também, aquele que se verificasse nos termos de direitos de crédito que implicassem a presença de coisas. Era o pensamento de MANUEL RODRIGUES (74), JOSÉ TAVARES (75) e JAIME DE GOUVEIA (76), apesar de contrariado por GUILHERME MOREIRA (77).

IV. Por tudo isto, deve-se entender que o locatário tem, efectivamente, a posse da coisa, nos termos do seu direito.

41. A NATUREZA DA POSSE

I. A questão da natureza da posse tem sido das mais debatidas no seio deste controverso instituto (78). Discute-se, em primeira mão, se se trata de um direito de um facto ou dos dois, simultaneamente (79). A questão deve ser rapidamente ultrapassada: a posse é dotada de protecção legal: deve, por isso, ser considerada como realidade jurídica. Trata-se dum dado irresistível, nas palavras de GENTILE. Além disso, a posse *pode ser transmitida: como transmitir meros factos?* (80)

(74) *A Posse* cit., pp. 179 e ss.

(75) *Noções Fundamentais* cit., I, pp. 179 e ss.

(76) *Direitos Reais* cit., pp. 184-185.

(77) *Direitos Reais* cit., p. 2.

(78) Também aqui não nos é possível desenvolver todas as considerações que justificam o caminho por nós seguido. Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., II volume, pp. 869 e ss.

(79) Cf. ENRICO FINZI, *Il Possesso dei Diritti*, reimpressão, Milão, 1968, pp. 24 e ss. e a vantíssima bibliografia aí referida.

(80) Cf. JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, volume II, *Derechos Reales*, tradução de DIEZ PASTOR e GONÇALEZ ENRIQUEZ, Madrid, 1955, p. 71 e DIEGO ESPIN, *Derechos Reales*, 3.ª edição, Madrid, 1968, p. 28.

II. Admitindo a posse como um direito ou, mais latoamente, como uma realidade jurídica, ainda seria possível encontrar nela:

- uma acção;
- uma relação jurídica;
- um facto jurídico;
- um interesse legítimo;
- o exercício dum direito subjectivo;
- um direito pessoal;
- um direito real;
- um direito diverso ⁽⁸¹⁾.

Avancemos, porém, celeremente, no meio desta confusão. Face ao regime positivo vigente, é certo que o possuidor se encontra, face à coisa possuída, numa situação vantajosa. Ele pode, dentro de certos limites, aproveitar as utilidades que essa coisa proporciona, com a aquiescência e a protecção da Ordem jurídica. Nessa medida, é destinatário de *permissões normativas relacionadas com o aproveitamento de determinado bem*. A posse é, pois, um direito subjectivo ⁽⁸²⁾.

III. Sendo *um direito subjectivo*, a posse é um direito real. Isso porque a posse é um direito cujo objecto consiste, necessariamente, *numa coisa corpórea*.

A questão pode resultar menos clara uma vez que numerosa doutrina e, em seu seguimento, diversos preceitos legais, falam quer em posse de coisas, quer em posse de direitos ⁽⁸³⁾. Se existir alguma posse de direitos, já não a poderemos con-

⁽⁸¹⁾ Pode ver-se a illustração desta enumeração, cuja exaustividade, aliás, não garantimos, nos nossos *Direitos Reais* cit., II volume, pp. 871 e ss.

⁽⁸²⁾ Trabalhamos, naturalmente, com a nossa própria concepção de direito subjectivo. Porém, nenhuma dúvida haveria em chegar à mesma conclusão, partindo de outras construções: assim na posse existe um poder da vontade, um interesse protegido, um poder dirigido à defesa dum interesse, etc.

⁽⁸³⁾ É clássica a já referida obra de FINZI, *Il Possesso dei Diritti*. Vide, af, nomeadamente, a pp. 104 e ss. e 404 e ss.

siderar como direito real, uma vez que teria, então, por objecto, coisas incorpóreas.

Não obstante o artigo 1287.º do Código Civil fazer derivar a usucapião da «posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo», entendemos que *não se possuem direitos reais, mas apenas coisas, nos termos de direitos reais* (84). E a demonstração é bastante fácil, se se atentar na *essência da posse formal*. Nessa hipótese, precisamente, não há qualquer direito, mas apenas posse. Como possuir algo que não existe? Além disso, sendo a posse uma *afecção material*, só pode respeitar a *realidades igualmente materiais*, i. é, a coisas corpóreas. Finalmente, a construção da posse de direitos, ainda enfeudada à *pretensa existência de direitos sobre direitos*, redundaria numa complicação inútil (85).

IV. A defesa da posse como direito real é, aliás, viável, seja qual for o conceito defendido, quanto a este último. Assim, é um direito que implica um *poder directo e immediato sobre uma coisa*; é um *direito oponível*, enquanto existir, *a todos*; é um direito que pressupõe *duas faces, uma voltada directamente à coisa e outra destinada a defendê-lo contra todos*, etc. É, aliás, a posição mais defendida na doutrina portuguesa (86).

V. Recentemente, no entanto, OLIVEIRA ASCENSÃO veio defender que a posse formal não é um direito real (87). Isso porque, nos termos do art. 1281.º do Código Civil, seria inoponível a terceiro possuidor de boa fé, ficando, consequentemente, privado de inerência e de seqüela. Mas parece-nos pos-

(84) Em abono, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais* cit., p. 242.

(85) Quanto ao pretensão *usufruto de créditos* e ao não menos pretensão *penhor de direitos*, remetemos para os nossos *Direitos Reais*, volume II, n.º 301 e n.º 341.

(86) Diz, por exemplo, MANUEL RODRIGUES, em *A Posse* cit., p. 39, que a posse seria um direito real, quer poder immediato e directo, quer pela teoria da relação universal.

(87) In *Direitos Reais* cit., p. 298. Cf. os nossos *Direitos Reais*, II volume, pp. 877 e ss., onde se faz uma refutação mais completa.

sível contra-argumentar. De facto, se a coisa possuída for parar às mãos de terceiro de boa fé, o possuidor primeiro que, pelas regras gerais, deveria continuar como titular da posse durante um ano, não pode intentar acção de restituição. Mas isso não sucede por a posse caracer de inerência, mas tão só por se ter extinto.

Não vemos qualquer razão para considerar como taxativa a lista de formas de extinção da posse constante do artigo 1267.º; bastaria, pois, acrescentar-lhe o esbulho seguido de posse por terceiro de boa fé, para solucionar este problema. Extinta a posse, a inexistência de sequela é, naturalmente, consequência da extinção e não da sua natureza não real.

42. *CONSEQUÊNCIA: A NATUREZA REAL DO DIREITO DO LOCATÁRIO*

I. Se, como pensamos ter demonstrado, a posse é um direito real e sendo certo que a locação dá lugar à posse da coisa, o direito do locatário surge necessariamente, como real.

O próprio art. 1251.º do Código Civil dá uma indicação nesse sentido: do seu preceituado pode concluir-se que, descoberta a posse nos termos de determinado direito, este reveste uma natureza real.

A posse causal do locatário é uma constante do próprio conteúdo do seu direito. Este redundará num conjunto de prerrogativas, de deveres de grande complexidade analítica; é, porém, inegável que, nesse complexo, se compreende, pelo menos, um elemento real: a posse.

II. Não nos impressiona a eventual crítica de que este mesmo argumento poderia ser aplicado ao direito do comodatário e ao do depositário. Efectivamente, se fosse dado o passo de considerar, os referidos direitos, como idóneos para originar a posse, teria de se entender que os conteúdos respectivos abrangeriam, pelo menos, também um elemento real. À doutrina adversa caberia, então, demonstrar o contrário!

III. Temos, assim, um primeiro elemento seguro no sentido da natureza real do direito do locatário: a sua posse. Como, porém, a posse, mesmo entendida como direito real, tem sido considerada como um direito provisório ou enfraquecido, há que procurar novos apoios para uma tomada de posição final.

§ 12.º A Oponibilidade do Direito do Locatário

43. OS TERMOS DO PROBLEMA

I. Ao suscitarmos o problema da oponibilidade do direito do locatário, mantemo-nos dentro dos parâmetros, que nos impusemos, de demonstrar a sua natureza à face das diversas construções que, para os direitos reais, têm sido apresentadas. Efectivamente, pelo que nos toca, entendemos que todos os direitos subjectivos, porque direitos, devem ser respeitados por todos. A única diferença que, nesse campo, será possível detectar entre direitos reais e direitos de crédito é de ordem meramente tendencial: sendo os primeiros, ao contrário dos segundos, dotados de publicidade, comportam escassas possibilidades de excepção, derivadas da boa fé das pessoas (88).

II. É, no entanto, sabido que a maioria da doutrina continua, ainda, ligada à ideia de que os direitos reais são oponíveis *erga omnes*, ao passo que os direitos de crédito o seriam,

(88) Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., I, n.º 140 e ss. e bibliografia aí referida. Além dela, temos ALFREDO FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milão, 1954; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milão, 1964; RUDOLF KRASSER, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Colónia, Berlim, Bona e Munique, 1971. Recentemente, têm surgido novas e decisivas achegas para este problema de que damos conta na última versão do nosso *Direito das Obrigações*.

apenas, *inter partes*. A própria teoria dos direitos de gozo, de GIORGIANNI, acaba por considerar o direito do locatário como um mero direito pessoal de gozo, por entender, como vimos, que ele não é oponível a terceiros de boa fé. Por isso vamos averiguar, muito precisamente, *se o direito do locatário é oponível, apenas, inter partes ou se, pelo contrário, a sua oponibilidade se revela erga omnes*.

III. Na determinação da exacta oponibilidade do direito do locatário, há que distinguir diversas categorias de pessoas em relação às quais o direito em causa pode, eventualmente, produzir efeitos. E são elas:

- o locador;
- os adquirentes da coisa locada e os sublocatários;
- os titulares doutros direitos aferidos à coisa e os credores do locador;
- estranhos.

A segunda e as três últimas categorias mencionadas podem ser englobadas num conceito amplo de *terceiros* (89).

44. OPONIBILIDADE AO LOCADOR

I. O locador encontra-se, face ao locatário, vinculado pelo próprio contrato de locação. Consequentemente, não se pode suscitar qualquer dúvida quanto à oponibilidade do contrato em causa ao *próprio locador*: é o que resulta, muito claramente, do art. 406.º, n.º 1, do Código Civil, e, *a contrario*, do mesmo preceito. A oponibilidade do contrato de locação, em relação ao locador, traduz-se, necessariamente, na adstricção deste às obrigações enumeradas no artigo 1031.º, isto é: o dever de entrega da coisa locada e o dever de *assegurar o gozo* daquela. Do ponto de vista do locatário, este disporá, face ao

(89) JEAN HAUSER, *Les Contrats*, Paris, 1977, pp. 112 e ss., faz uma enumeração de categorias de terceiros.

locador, de toda a instrumentação jurídica necessária para obter, coercivamente, quando seja necessário a execução dessas obrigações (90).

II. Quando o locatário alegue o próprio contrato para conseguir, por via processual, a satisfação das obrigações a que, para com ele, o locador se ache adstrito, podemos falar em *ações pessoais*: visam concretizar direitos pessoais. Não se deve, contudo, inferir, daqui, que estejam em causa, apenas, direitos pessoais: qualquer contrato, ainda que dotado de eficácia real, dá lugar a obrigações instrumentais, as quais podem ser coercivamente actuadas. Assim, por exemplo, o proprietário pode utilizar o contrato de compra e venda para haver a sua coisa do vendedor, pedindo a execução específica para a prestação consignada no art. 879.º, alínea c), do Código Civil: a entrega da coisa. Teríamos, então, nesta hipótese, uma defesa do direito de propriedade por meio de acção pessoal. Nada impediria, ao que pensamos, o comprador de conseguir o mesmo efeito prático usando uma acção tipicamente real: a reivindicação.

III. Perguntamos, agora, se o locatário pode opor, ao locador, apenas o contrato ou, também, o seu próprio direito sobre a coisa. A questão, *prima facies*, teria escassa importância prática: caso o direito do locatário fosse entendido como real, qualquer pretensão deduzida contra o locador teria, no Direito português, ao contrário do que quererá CHIOVENDA (91), como causa de pedir, não o direito em si, mas o próprio contrato de locação, nos termos do art. 498.º, n.º 4, do Código de Processo Civil. O que é dizer: em princípio, e seja qual for a

(90) Não curamos de examinar, agora e aqui, o funcionamento processual das pretensões do locatário; certo é que, nestas hipóteses, a causa de pedir será sempre o próprio contrato de locação, nos termos do artigo 498.º, n.º 4, do Código de Processo Civil.

(91) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, volume III, Coimbra, 1950, p. 122; cf. os nossos *Direitos Reais*, volume III, p. 53 da edição policopiada.

natureza do direito do locatário, a oponibilidade deste, face ao locador, concretizar-se-ia em pedidos idênticos com a mesma *causa petendi*.

Existem, no entanto, dois casos em que o direito do locatário pode ser oposto ao locador, independentemente do contrato, o que, naturalmente, só é possível se se entender que se trata de algo mais do que um mero *vinculum iuris* obrigacional:

- o de ter, o direito em causa, origem extracontratual;
- o de se alegar, em sua defesa, a posse, nos termos da locação.

IV. A natureza extracontratual do direito do locatário, abstraindo do fenómeno sucessório, poderia advir da applicabilidade de formas de constituição tipicamente reais: a usucapião e a accessão. O locatário apresentá-las-ia, então, como causas de pedir, prescindindo, desse modo, do contrato, para fazer valer o seu direito face ao locador. Simplesmente, a applicabilidade destas formas de constituição ao direito do locatário pressuporia, como estabelecida, a sua natureza real. Só no final do nosso trabalho poderemos, neste domínio, apresentar uma conclusão.

Mas a *posse do locatário* coloca-nos, desde já, numa base mais segura. Como vimos, o locatário tem a posse da coisa, nos termos do seu direito. Pode, por isso, usar os meios facultados ao possuidor, *contra o próprio locador*, como dispõe, aliás, o art. 1037.º, n.º 2, do Código Civil.

Quando o locatário use, contra o locador, de meios possessórios, o que está ele a defender? Por exclusão de partes, infere-se que ele:

- não defende a sua posição contratual;
- não defende o seu direito, como tal, sobre a coisa.

Não defende a sua posição contratual porque, para isso, ele dispõe das acções pessoais que já autonomizámos. Nenhum interesse haveria, por parte da lei, em duplicar, a favor do locatário, idênticas defesas: o art. 1037.º, n.º 2, deve, pelas regras

gerais, ser interpretado por forma a apresentar um sentido útil.

Tão pouco defende o seu direito, entendido como tal, sobre a coisa. A defesa possessória é uma defesa específica, provisória. O direito do locatário, como qualquer outro direito, implica, uma acção — art. 2.º do Cód. Proc. Civil — que, naturalmente, permite defesas definitivas. A posse é, apenas, *um complemento*.

Quando use de meios possessórios contra o locador, o locatário defende a própria posse. Assim, ele não tem de exhibir o seu contrato, mas tão só de provar a situação de facto *posse, em termos de locação* (92). A tramitação processual não poderá deixar de ser a prevista nos artigos 1033.º e ss. do Cód. Proc. Civil.

V. O direito do locatário é, assim, oponível ao locador. Essa oponibilidade não extravasa, num primeiro tempo, o âmbito de eficácia tradicionalmente atribuído aos direitos de crédito, estando, nessa medida, intimamente dependente do próprio contrato de locação.

No entanto, quando o direito do locatário tenha origem extracontratual, ou quando ele lance mão, contra o locador, dos meios possessórios, revela-se uma oponibilidade insubsumível nos esquemas clássicos das obrigações. Não podemos, neste momento, retirar conclusões duma possível origem extracontratual do direito do locatário, uma vez que se trata de questão pendente até à determinação final da natureza desse direito. No tocante à posse, avançamos, desde já, que a sua oponibilidade ao locador constitui indício seguro de realidade. O que é natural, dada a realidade desse instituto.

(92) Se, para desencadear o contencioso possessório, o locatário tivesse de fazer prova do contrato de locação, o artigo 1037.º, n.º 2 — e todos os seus antecedentes — nada acrescentaria à defesa que ele, nos termos gerais, já tinha. Uma correcta metodologia interpretativa não permite descobrir, na lei, duplicações inúteis.

45. OPONIBILIDADE AOS ADQUIRENTES DA COISA E AOS SUBLOCATÁRIOS

I. O direito do locatário é oponível aos adquirentes da coisa locada, nos termos do já examinado brocardo *emptio non tollit locatum*. Resta precisar em que consiste essa oponibilidade.

O locatário pode fazer valer o seu direito contra os aludidos adquirentes, *quer alegando o próprio contrato de locação, exigindo o seu cumprimento, quer defendendo a posse.*

Na *defesa do contrato*, deparamos, de novo, com o dilema, praticamente irrelevante, das acções pessoais — acções reais. A definitiva ultrapassagem da questão estará, assim, dependente do que for encontrado em sede de natureza do direito do locatário. Apenas referimos que, na linha da leitura proposta para a *emptio non tollit locatum*, afigura-se com bastante mais natural a possibilidade de o direito do locatário ter natureza real. Repugna, efectivamente, ao espírito do Direito das Obrigações *que o locatário possa mover acções pessoais contra um sujeito — o adquirente — com o qual nunca contratou*. Mas não consideramos este indício como conclusivo.

II. O locatário pode *defender a sua posse* contra o adquirente. Quando disso seja caso, tal como vimos suceder na defesa contra o locador, ele não tem de exhibir o contrato de locação; além disso, entendemos que ele não deve alegar a aplicação do art. 1057.º do Código Civil: isso seria necessário, apenas, para a defesa definitiva da sua posição. A necessidade de dar um conteúdo prático às acções possessórias expressamente atribuídas, por lei, ao locatário, leva-nos a concluir que, nesta hipótese, ele deve, apenas, demonstrar a situação de posse da coisa.

Tudo isto se passa num plano que *nada tem a ver com esquemas meramente creditícios*.

III. O direito do locatário é oponível ao sublocatário. E é-o, em termos gerais, à semelhança de qualquer direito de locador: para efeitos de sublocação, o artigo 1060.º do Código

Civil faz uma equiparação muito nítida da posição do locatário à de locador.

A consideração das faculdades em que o locatário, por força da sublocação, fica investido, não deixa de revelar elementos favoráveis à natureza real do direito em causa. Efectivamente, ocorrendo uma sublocação, o locatário não fica desprovido de poderes sobre a coisa, como se poderia inferir da conjunção de simples vínculos creditícios. Assim, ele pode, tal como deduzimos do artigo 1038.º do Código Civil:

- examinar a coisa sublocada;
- evitar que o locatário a aplique a fim diverso daquele a que ela faça uma utilização imprudente;
- efectuar reparações;
- exigir informações sobre vícios da coisa, sobre perigos que a ameacem ou sobre eventuais pretensões de terceiros;
- exigir a coisa, findo o contrato.

Todo este manancial pareceria bem estranho se o locatário apenas fosse credor de prestações do primeiro locador.

Reconhecemos, no entanto, que o facto de, pelo Direito português vigente, a sublocação *passar pela vontade do locador* — artigos 1038.º, alínea *b*) e 1061.º —, retira aos argumentos que pretendamos retirar da oponibilidade do direito do locatário ao sublocatário, muito do seu alcance.

46. Oponibilidade aos titulares doutros direitos sobre a coisa e aos credores do locador

I. Sendo o direito do locatário oponível ao locador e aos adquirentes da coisa locada, escassas dúvidas haverá em proclamar, *a priori*, a sua oponibilidade aos titulares de quaisquer outros direitos sobre a coisa. Precisemos, não obstante, o alcance desta oponibilidade, distinguindo, nomeadamente, as categorias de pessoas atingidas.

II. O direito do locatário é oponível a todos os titulares de direitos reais aos quais possa ser oposto o próprio direito do locador. Assim, o locatário contratante com usufrutuário pode fazer valer o seu direito contra o titular da nua propriedade. Da mesma forma, o locatário que tenha recebido o seu direito de superficiário pode defender-se face ao fundeiro.

O direito do locatário é oponível a todos os direitos reais que se constituam, posteriormente, sobre a mesma coisa. Trata-se, simplesmente, duma aplicação do artigo 1057.º do Código Civil: se a locação subsiste às transmissões do direito do locador, também sobrevive às suas onerações. O locatário poderá, pois, defender-se contra usufrutuários ou superficiários, por exemplo, cujos direitos se tenham constituído depois da celebração do contrato de locação.

III. A locação também não é afectada por quaisquer outros direitos não reais, ou de natureza controvertida que, eventualmente, se venham a constituir sobre a mesma coisa. Pense-se, assim, nas possibilidades de o locador emprestar, depositar ou locar, novamente, a coisa locada. Basta, como fundamentação, lembrar a vigência, no nosso direito, do princípio *emptio non tollit locatum*. De qualquer forma, o Código Civil, tratando, genericamente, a controversa categoria dos direitos pessoais de gozo no artigo 407.º, fá-los prevalecer, uns sobre os outros, por ordem de antiguidade.

A questão de saber se o direito do locatário prevalece sobre direitos não reais, mas referentes à coisa, constituídos antes da celebração da locação, já pressupõe a resolução do problema da natureza do seu direito, bem como o da própria natureza dos direitos concorrentes.

IV. Finalmente, o direito do locatário é oponível aos credores do locador. Em caso de falência ou de insolvência deste último, o locatário não tem de concorrer, como credor duma pretensa dívida de gozo, ao património do locador. O seu direito sobre a coisa permanece intocado durante todas as vicissitudes da acção executiva, sendo oponível a eventual adquirente,

por venda judiciária, nos termos do art. 1057.º do Código Civil (93).

Esta solução, *verdadeiramente incompreensível se o direito do locatário fosse um simples crédito*, deriva (94) da consagração, sem distinções, da *emptio non tollit locatum* (art. 1057.º) e da natureza taxativa do art. 1051.º do Código Civil que, ao enumerar os casos de caducidade da locação, neles não inclui a execução da coisa locada (95).

Assim sendo, se no decurso da execução do locador a posição do locatário fosse perturbada, este poder-se-ia comodamente defender usa do de embargos de terceiro (art. 1037.º, n.º 2, do Código Civil).

47. O PONIBILIDADE A ESTRANHOS; O PRINCÍPIO DECISIVO DO ARTIGO 1037.º, N.º 1

I. O direito do locatário é, finalmente, oponível a estranhos, isto é, a pessoas que não tenham qualquer direito sobre a coisa.

E é assim, em primeiro lugar, *a nível da situação de facto*; o locatário *pode defender a sua posse*, nos termos do artigo 1037.º, n.º 2, *contra quaisquer pessoas*, incluindo estranhos, que, de alguma maneira, o privem da coisa ou o perturbem no exercício do seu direito. A oponibilidade *erga omnes* da posse é, aliás, lógica consequência da natureza real deste instituto.

(93) O Código de Seabra assim o determinava expressamente, no seu artigo 1621.º, no tocante ao arrendamento.

(94) Contra vide EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª edição, Coimbra, 1964, p. 375. A lei expressa era, contudo, concludente, no sentido que defendemos no texto.

(95) CUNHA DE SÁ, na *Caducidade do Arrendamento* cit., I, defende a natureza não taxativa do art. 1051.º. Mas ainda que tenha razão, tal posição não nos afecta, uma vez que a não taxatividade em causa adviria da mera possibilidade de consagração de caducidades negociais; a caducidade da locação por execução do locador só seria conclusiva se adviesse da lei e não da vontade das partes.

II. Pode o locatário opor o seu direito de fundo a terceiros, para além da posse? A questão apresenta um máximo de importância quando ele tenha, por qualquer das formas previstas pelo Direito, perdido a posse da coisa. Na impossibilidade de lançar, então, mão das acções possessórias, que pode fazer o locatário, para reaver a coisa?

A solução consta, expressamente, do Código Civil. Dispõe, efectivamente, o seu artigo 1037.^o, n.^o 1:

«Não obstante convenção em contrário, o locador não pode praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o próprio locatário consinta em cada caso, *mas não tem a obrigação de assegurar esse gozo contra actos de terceiros*».

Face ao final da disposição citada, resulta claro que, quando perca os meios possessórios — ou, por qualquer razão, não queira ou não possa utilizá-los — o locatário *nada consegue por meio do locador*: este não está obrigado, contra terceiros, a assegurar-lhe o gozo!

Sendo assim, e como, naturalmente, o Direito *nunca* poderia deixar, sem remédio, situações em que pessoas, despidas de quaisquer direitos, passem a usufruir, ilicitamente, bens alheios, deve entender-se que *o locatário pode agir, por sua conta*.

III. O artigo 1037.^o, n.^o 1, do Código Civil constitui, ao que sabemos, *disposição única* no seio dos diversos códigos civis ocidentais. Sempre se tem entendido que o locatário, precisamente pela natureza meramente pessoal do seu direito, *nunca poderia reivindicar* uma coisa, mas tão só instar o locador a fazê-lo. O Código italiano, por exemplo, introduz uma distinção entre perturbações de terceiros que pretendam ter direitos sobre a coisa e moléstias de terceiros que não apresentem tais pretensões⁽⁹⁶⁾. O locador só estaria obrigado a garantir o locatário contra o primeiro tipo de ingerências.

(96) No seu artigo 1585.

Mas o Código português não distingue. O locador nunca tem de assegurar o gozo do locatário, quer contra situações de facto, quer contra pretensões de direito.

A situação máxima pode configurar-se na hipótese de a coisa locada se encontrar nas mãos de terceiro possuidor, que se arroga proprietário. O locatário, neste caso, não pode defender a posse, que perdeu ou nunca teve. Tão pouco pode alegar direitos pessoais: o usurpador não é terceiro adquirente! E, pelo art. 1037.^o, n.^o 1, nem sequer pode instar o locador, que não tem a obrigação de assegurar o seu gozo contra actos de terceiros! Mas nada, na lei, nos diz que, em semelhante conjuntura, o direito do locatário se extinguiu. Assim sendo e, como pelo artigo 2.^o do Cód. Proc. Civil, o locatário tem, certamente, uma acção para defender o seu direito, deve entender-se que, nessa eventualidade, o locatário poderia haver a coisa, provando, em juízo, que o locador é o efectivo titular da coisa locada e que o contrato de locação, de que é beneficiário, é válido (97). Como se tem chamado, desde há dois mil anos, à acção que permite a uma pessoa, mercê do próprio direito, retirar uma coisa das mãos de qualquer possuidor?
Reivindicação!

IV. A correcta exploração das potencialidades do art. 1037.^o, n.^o 1, do Código Civil, corroborada, aliás, pelo que sobre locação temos vindo a dizer e pelos princípios gerais da nossa Ordem Jurídica leva-nos a concluir *pela oponibilidade geral do direito do locatário a terceiros estranhos, maxime pela acção de reivindicação*. O argumento que, daqui, é possível retirar, no sentido da natureza real do direito do locatário é formidável.

Não nos damos, no entanto, por satisfeitos, uma vez que defensores extremos da doutrina da eficácia externa das obrigações poderiam propugnar, ainda, pela pessoalidade do direito do locatário.

(97) Isto é: deduzindo a *probatio diabolica*, em ordem a estabelecer o seu direito de locatário.

48. CONCLUSÃO: A Oponibilidade «ERGA OMNES» DO DIREITO DO LOCATÁRIO

I. *Esta rúbrica permite-nos concluir pela oponibilidade erga omnes do direito do locatário.* De facto, da celebração dum contrato de locação, emergem efeitos:

- em *relação ao locador* que, para além dos deveres instrumentais em que se encontra investido, deve respeitar quer a situação de facto — a posse — quer a própria permissão normativa — o direito — correspondentes à posição do locatário;
- em *relação aos adquirentes* da coisa locada e *aos sublocatários*, obrigados a pautar o seu comportamento na consideração pela relação locatário-coisa;
- em *relação aos titulares doutros direitos aferidos à coisa*, nos termos do que tradicionalmente se tem chamado «preferência» ou «prevalência», bem como aos credores do locador, com quem não tem de concorrer, havendo execução;
- em *relação a terceiros estranhos*, que devem tolerar o direito do locatário, sujeitando-se, inclusivé, à *reivindicação*.

II. A oponibilidade do direito do locatário revela-se, como vimos repetidamente, quer a nível de ligação material com a coisa — *a posse* — quer a nível de ligação jurídica — *o direito em si*. Para além disso, *qualquer pessoa* que cause danos ao locatário, *deve indemnizá-lo*, concorrendo os demais requisitos da responsabilidade civil, nos termos do artigo 483.º, n.º 1, do Código vigente (98).

O próprio Código Civil, não obstante estar imbuído duma linguagem obrigacionista, fala, no seu artigo 1061.º, da produção de efeitos da sublocação em relação a terceiros, sem intro-

(98) Supomos que a violabilidade, por todos, do direito do locatário, por merecer concordância generalizada, não merece demonstração especial.

duzir quaisquer distinções. E a própria sujeição, de certo tipo de arrendamentos, ao registo, não será, *a priori*, incompatível com a clássica oponibilidade *inter partes*?

§ 13.º O TIPO DE GOZO DO LOCATÁRIO

49. O DIREITO DE GOZO DO LOCATÁRIO

I. Vamos, agora, examinar os termos em que o locatário beneficia duma permissão normativa de aproveitamento da coisa.

O Código Civil atribui, com clareza, ao locatário, *o gozo da coisa*. É o que deduzimos, a título de mero exemplo, dos artigos 1022.º, 1031.º, alínea *b*), 1034.º, n.º 1, alínea *a*) 1037.º, n.º 1 e 1038.º, alínea *f*).

Mercê, nomeadamente, dos estudos de GIORGIANNI, está hoje cientificamente determinado o conceito técnico-jurídico de gozo (99): trata-se duma *relação imediata entre um sujeito e uma coisa, nos termos da qual ele pode retirar dela as utilidades que, de acordo com a sua natureza, a coisa em causa pode produzir*.

II. O gozo da coisa pode analisar-se no seu *uso* e na sua *fruição*. No seu *uso*, na medida em que o aproveitamento da coisa se processe directamente, sem dar lugar à formação de novas utilidades distintas da própria coisa. Na sua *fruição*, sempre que gozo consista na utilização da coisa em termos produtivos, isto é, por forma a que, mercê das próprias qualidades da coisa, sejam destacadas, jurídica ou materialmente, novas utilidades da coisa.

O Código Civil português não distingue, ao contrário doutras legislações, a locação de coisa produtiva (*Pacht, affitto*);

(99) Remetemos, em geral, para o n.º 23 do presente trabalho e para a bibliografia então citada.

deve, por isso, entender-se que *a locação, em geral, pode recair, ou não, sobre bens de produção*. Naturalmente, certas modalidades de locação, como o arrendamento rural, vão respeitar a coisas produtivas.

Quando recaia sobre coisa produtiva, o gozo proporcionado pela locação permite, ao locatário, *fazer seus os frutos da coisa*.

Tratando-se de frutos naturais, verifica-se, sobre eles, o aparecimento de direitos reais ; normalmente do direito de propriedade, na titularidade do locatário.

III. Como referimos aquando da análise da doutrina de GIORGIANNI, a relação de gozo é uma *relação pessoa-coisa e não uma relação pessoa-pessoa*. O uso pressupõe um aproveitamento natural da coisa, que só pode provir da incidência da actividade do sujeito sobre o objecto. A afirmação deve ser reiterada, ainda com maior evidência, no tocante à *fruição*: é a própria coisa que produz, mercê da actividade do titular do direito de gozo. Não encontramos, aqui, nada que possa ser reconduzido ao «vínculo jurídico pelo qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação»⁽¹⁰⁰⁾.

O aprofundamento da ideia de fruição vai colocar-nos, ainda, mais longe dos esquemas creditícios. Qual o mecanismo pelo qual o titular dum direito de gozo, que implique fruição, faz seus os frutos, nomeadamente quando isso se traduza no surgimento de novos direitos reais? A doutrina tradicional, que se deve a POTHIER e foi integrada no Código de Napoleão⁽¹⁰¹⁾, pretendia que os frutos eram adquiridos por acessão. Dizia, a esse respeito o tribuno FAURE⁽¹⁰²⁾:

«A acessão é um primeiro efeito da propriedade; a pro-

(100) Artigo 397.º do Código Civil.

(101) Cujo artigo 447.º dispõe: «Os frutos naturais ou industriais da terra, os frutos civis e as crias dos animais pertencem ao proprietário pelo direito de acessão».

(102) Citado em GINO GORLA, *L'accessione nel Diritto Civile italiano (Contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)* na *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, ano VII, Roma, 1931, p. 102.

priedade de uma coisa dá direito não só a tudo o que a coisa produz, mas também a tudo o que se lhe une de qualquer maneira que seja».

Esta orientação não merece, hoje, qualquer aceitação. Deve entender-se que a apropriação dos frutos se dá mercê de uma forma própria de constituição de direitos reais, a aquisição de frutos, que, por se integrar nas potencialidades do gozo, não tem autonomia.

Sendo inquestionável que o locatário pode fruir as coisas que, para tal, tenham aptidão, cabe perguntar como é possível que, dum vínculo jurídico entre ele e o locador, lhe advenham direitos reais sobre coisas — *os frutos* — que nunca passaram pelo património do segundo.

IV. O gozo do locatário não é um gozo pleno ao contrário da propriedade — art. 1305.º — e, pelo menos teoricamente, do usufruto — art. 1439.º. Falamos em *delimitação negativa* do conteúdo do direito do locatário como forma de exprimir as restrições a que ele se encontra sujeito.

A delimitação negativa do conteúdo dum direito é recorrida, naturalmente, na sua própria estrutura essencial. Assim, as restrições ao *direito de propriedade* traduzem-se nas faculdades que são retiradas a uma relação plena e exclusiva entre o titular e a coisa. Pelo contrário, as restrições a um *direito de crédito* irão expressar aquilo que o credor não pode exigir do devedor. Avançamos, por isto, que, da delimitação negativa do direito do locatário, é possível extrair novos elementos no sentido de determinar a sua natureza.

As restrições fundamentais ao gozo do locatário são a necessidade de *respeitar o fim a que se destine a coisa*; art. 1027.º e art. 1038.º, alínea c), e o *dever de não fazer dela uma utilização imprudente*; art. 1038.º, alínea d). É nítido que a delimitação negativa do direito do locatário é, em primeira linha, *aferida à própria coisa e não a quaisquer prestações*.

50. OUTROS ELEMENTOS REAIS DO CONTEÚDO DO DIREITO DO LOCATÁRIO

I. No âmbito do direito de gozo do locatário, mereceram autonomização legal certas faculdades relacionadas com a coisa, cuja natureza pode contribuir, utilmente, para elucidar a natureza desse direito.

Assim:

— o locatário pode realizar *determinadas reparações*, nos termos do art. 1036.º;

— o locatário *pode levantar*, findo o contrato, as *benfeitorias úteis*, quando tal não dê lugar a detrimento da coisa, como resulta do art. 1273.º, aplicável «ex vi» art. 1046.º, n.º 1.

II. As *reparações* que o locatário pode realizar consubstanciam, como ensina PAULO CUNHA (103), *um autêntico poder de transformação* que não pode ser reconduzido a um serviço prestado ao locador, tipo empreitada, uma vez que reverte em favor do próprio locatário. Ainda pela mesma óptica, o locatário habitacional pode causar, nos termos do artigo 1092.º do Código Civil, *pequenas deteriorações* no prédio arrendado.

III. Quanto a *benfeitorias*, o locatário é equiparado ao possuidor de má fé. Consequentemente, ele pode levantar as benfeitorias úteis, desde que, com isso, não deteriore a coisa. *O locatário é, pois, proprietário dessas benfeitorias!* À semelhança do que vimos suceder com a aquisição de frutos, não se entende como *pode um vínculo meramente intersubjectivo originar direitos reais*. Além disso, quando, para evitar o detrimento da coisa, não haja lugar ao levantamento de benfeitorias úteis ou quando se trate de benfeitorias necessárias, o locatário tem o direito a determinadas indemnizações, calculadas como manda o

(103) In *Direitos Reais* cit., p. 236.

art. 1273.º. Em relação a esses créditos, o locatário goza, nos termos do art. 754.º, de *um direito de retenção* (104). O direito de retenção é, segundo a melhor doutrina, um *direito real de garantia* (105). Encontramos, assim, mais um elemento que, embora acessório, pressiona o direito do locatário para o Direito das Coisas.

51. CONCLUSÃO: O GOZO DO LOCATÁRIO COMO INDÍCIO NECESSÁRIO DA NATUREZA REAL DO SEU DIREITO

I. Este pequeno desenvolvimento sobre o gozo da coisa locada, por parte do locatário, conjugada com as críticas que, oportunamente, movemos às concepções segundo as quais tal gozo deriva de prestações do locador, permite concluir, ao que pensamos, com evidência, pela existência, a favor do locatário, *dum conjunto de poderes e faculdades sobre a coisa*.

O *exercício desses poderes e faculdades não passa, de forma alguma, pela colaboração do locador*; mais: pode ter lugar mesmo na total ignorância, do locador, pelo vínculo constituído e ainda contra a própria vontade do locador que só pode, nos termos do art. 1037.º, n.º 1, impedir ou diminuir o gozo da coisa, pelo locatário, obtendo, caso a caso, autorização deste.

II. O referido exercício dos poderes e faculdades do locatário sobre a coisa é instituído, reconhecido e tutelado, nos

(104) Não se lhe aplica o art. 756.º, *b*), que exclui a retenção por despesas realizadas de má fé, excepto se esta resultar do comportamento do locatário. A equiparação feita ao possuidor de má fé, é, apenas, *uma equiparação de regimes*. A retenção por benfeitorias foi reconhecida, expressamente e, ao que pensamos, sem necessidade, a certo tipo de locatários. Cf. o Decreto-Lei n.º 447/74, de 22 de Outubro.

(105) Cf. os nossos «Direitos Reais» cit., volume III, pp. 483 e ss. da edição policopiada. Contra, vide NICOLE CATALA-FRANJOU, *De la Nature Juridique du Droit de Rétention*, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 65.º, Paris, 1967, pp. 42-44. Os dados positivos franceses são, no entanto, diversos dos nossos.

aspectos mais diversos, pelo Direito. Dele podem, também, emergir *direitos reais* em relação a frutos e a benfeitorias, bem como um direito real de garantia em relação à própria coisa, sem que nenhum desses direitos tenha, jamais, qualquer presença na esfera do locador. Finalmente, o locatário tem *poderes de reparação* e de *deterioração* sobre a coisa locada, que se colocam, geograficamente, no coração do Direito das Coisas.

III. Todos estes poderes e faculdades, juridicamente conferidos ao locatário *consustanciam, necessariamente, o conteúdo dum direito real de gozo*. Quando não, poder-se-ia, muito legitimamente, perguntar, que estranha e formal categoria poderia ser traduzida pela expressão *direito real*.

§ 14.º OUTROS INDÍCIOS DA NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

52. OS DIREITOS DE PREFERÊNCIA

I. No termo duma evolução que não curaremos, agora, de examinar, encontram-se, hoje, investidos de direitos de preferência na transmissão onerosa de prédios arrendados, *os locatários comerciais ou industriais*; art. 1117.º, n.º 1 — *os locatários para exercício de profissões liberais* — art. 1119.º — e *os locatários habitacionais* — art. 1.º da Lei n.º 63/77, de 25 de Agosto. Trata-se, em todos estes casos, de *preferências legais* (106) que, por estarem munidas de *inerência* e *sequela*, traduzidas na *acção de preferência* tratada no artigo 1410.º do Código Civil, consustanciam direitos reais de aquisição (107).

(106) Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., III volume, p. 500 da edição policopiada.

(107) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, cit., p. 441.

II. O direito de preferência dotado de eficácia real, que denominamos *preferência real*, pode ser definido como a afectação jurídica de uma coisa corpórea em termos de, sendo um direito, a ela relativo, transmitido a título oneroso, poder ser adquirido, em detrimento do projectado adquirente, pelo preço com este ajustado, por uma pessoa individualmente considerada.

A preferência real visa, de um modo geral, *solucionar conflitos de direitos reais*, facilitando a reunião, na mesma esfera jurídica, das coisas ou direitos que gerem os conflitos em causa. É o que sucede da *comunhão*; art. 1409.º, n.º 1 — nos prédios onerados com *servidão legal de passagem* — art. 1555.º — no *emparcelamento* — art. 1380.º, n.º 1 — na *superfície* — art. 1535.º — e nos *referidos casos de arrendamento* (108).

III. A preferência real dos arrendatários não surge como direito autónomo; pelo contrário, integra-se no conteúdo do próprio direito de locatário, que, assim, se constitui num direito complexo (109).

Assim sendo, podemos retirar da consagração das preferências reais a favor de determinados locatários, mais dois indícios suplementares a favor da natureza real dos direitos respectivos. Em primeiro lugar, constatamos que, de um modo geral, a preferência é criada, pela lei, com o fim instrumental de evitar *conflitos entre direitos reais* (propriedade, comunhão, superfície, servidão). Logo, surgindo ela no seio dum direito de natureza controvertida, é legítimo esperar que essa natureza *penda para a realidade*. Em segundo lugar, verificamos que, tendo a preferência natureza real, seria algo estranho a sua

(108) A preferência real surgia, ainda, na enfiteuse, quer a favor do senhorio; art. 1499.º, c) — quer a favor do enfiteuta — art. 1501.º, d).

(109) A noção de direito real complexo deve-se a OLIVEIRA ASCENSÃO; vide, deste autor, *A Tipicidade dos Direitos Reais* cit., pp. 195 e ss. e *Direitos Reais* cit., pp. 301 e ss. Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., II volume, pp. 345 e ss. da edição policopiada. No tocante à integração das preferências legais no conteúdo de direitos reais complexos, cf. os nossos *Direitos Reais* cit., III volume, p. 500, da edição policopiada.

inclusão no meio do *vinculum iuris* obrigacional. Não pode haver, apenas, um direito pessoal, uma vez que surge uma coisa afectada, em termos reais.

IV. Bem entendido, a consagração de direitos de preferência a favor de determinados locatários, mais precisamente, a favor de certos arrendatários, apenas permite conclusões no tocante a essas modalidades específicas de locação. No entanto, e dada a *natureza essencialmente unitária da locação*, pensamos que a preferência real de certos locatários deve, pelo menos, ser tomada como indício tendencial da natureza real da locação, tomada em globo.

53. A TRANSMISSIBILIDADE E A SUBSISTÊNCIA NAS EXPROPRIAÇÕES

I. O direito do locatário é transmissível, em vida e, por morte, nos termos do artigo 1059.º do Código Civil. Vinga, aqui, a regra geral, em sede de direitos patrimoniais, que mereceu, aliás, expresso acolhimento, no artigo 62.º, n.º 1, da Constituição. Contudo, à transmissão em vida, devem-se aplicar as regras da cessão da posição contratual⁽¹¹⁰⁾.

De eventuais restrições à livre transmissibilidade do direito do locatário não se pode, de forma alguma, pretender retirar argumentos contrários à sua natureza real. De facto, existem direitos reais consagrados, que são *intransmissíveis*, como os direitos de uso e de habitação, nos termos do artigo 1488.º do Código Civil.

Mas, caso ocorra uma transmissibilidade absolutamente livre do direito do locatário, estamos certos da sua irredutibilidade ao Direito das Obrigações. É sabido que, nesse domínio, se exige, para a transmissão de qualquer posição contratual que implique, como a locação, segundo a teoria tradicional, prestações recíprocas, o acordo de todas as partes envolvidas.

(110) Artigo 1049.º, n.º 2, do Código Civil.

II. Como mandam os artigos 1118.º, n.º 1, e 1120.º, n.º 1, do Código Civil, a posição do arrendatário comercial ou industrial e a do que exerça profissão liberal são transmissíveis, dentro de certas condições, por acto entre vivos, sem dependência de autorização de senhorio. Estas disposições só pelo Direito das Coisas podem ser recebidas, sem violência. Constituem, por isso, sintomas claros da natureza real dos direitos em causa.

Dada a unidade fundamental da locação, a livre transmissibilidade de algumas formas de arrendamento deve ser entendida como um indício, embora não decisivo, do direito do locatário genericamente considerado.

III. O Direito português comporta um forte argumento a favor da natureza real do direito do locatário, no artigo 1051.º n.º 1, alínea *b*), do Código Civil. Diz esse preceito:

«1. O contrato de locação caduca:

b) No caso de expropriação por utilidade pública, a não ser que a expropriação se compadeça com a subsistência da coisa».

O simples facto da caducidade do contrato de locação, o que é dizer, da extinção do direito do locatário, *mercê de expropriação por utilidade pública*, já seria, só por si, *suspeito*, se tratasse de mero direito pessoal. De facto, as noções consagradas de expropriação por utilidade pública aferem-na, apenas, a *direitos sobre coisas* e não a créditos⁽¹¹¹⁾.

Admite-se, contudo, a hipótese do direito do locatário sobreviver à expropriação. Hoje em dia e no termo duma evolução científica muito ponderada, a melhor doutrina considera que a expropriação por utilidade pública não implica qualquer transmissão de direitos, mas antes a extinção do direito do

(111) Por todos, vide MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª edição, II volume, Lisboa, 1972, p. 996. Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., vol. II, a pp. 899 e ss. da edição policopiada e bibliografia aí referida.

expropriado e a constituição, «ex novo», dum direito na esfera do expropriante (112). A subsistência possível dum direito de locatário, não obstante a extinção do direito do locador, *só faz sentido se se entender que aquele traduz um autêntico direito sobre a coisa, totalmente alheio, na sua existência, a esquemas creditícios.*

54. ELEMENTOS EXTRAJURÍDICO-POSITIVOS

I. Não podemos encerrar esta rubrica consagrada ao estudo analítico dos indícios que ditam a natureza do direito do locatário sem fazer uma referência, ainda que sucinta, a elementos que, apesar de não derivarem, estritamente, do Direito positivo, devem ser tidos em conta para uma actividade interpretativa completa.

Referiremos, assim, elementos de *ordem histórica*, de *ordem científica*, de *ordem pedagógica* e de *ordem social*.

II. É um *dado histórico* que já tivemos a ocasião de desenvolver, o *incremento contínuo* dos poderes do locatário. Partindo duma situação inicial extremamente precária, o locatário tem visto, ao longo dos séculos, melhorar incessantemente a sua posição. Isso quer do ponto de vista da *amplitude dos seus direitos*, quer pelo *prisma da segurança da sua ligação à res*. O paralelo com o ocorrido em relação a direitos de gozo pacificamente reconhecidos como reais, nomeadamente a *enfiteuse* e a *superfície*, é manifesto: aí, mercê da progressiva consolidação das situações do enfiteuta e do superficiário, assistiu-se a *uma transmutação* dos respectivos direitos de pessoais em reais.

Mas é possível ir ainda mais longe: é, também, um dado histórico irresistível que as pessoas directamente implicadas no exercício de poderes materiais sobre coisas tendem sempre a deslocar, a seu favor, a *balança jurídica da apropriação*, fazendo

(112) Vide os nossos *Direitos Reais* cit., vol. II, a pp. 819 e ss. e bibliografia aí citada. A opinião que figura no texto é, entre nós, a de MARCELLO CAETANO, *ob. e loc. cit.*, e a de MANUEL BAPTISTA LOPES, *Expropriações por Utilidade Pública*, Coimbra, 1968, pp. 15-16.

corresponder o Direito aos factos. É o que já se consumou com a enfiteuse, entre nós e, em certa medida, com a superfície, por muitos considerada como propriedade superficiária. Não é arriscado profetizar outro tanto no tocante à locação, principalmente no domínio de certas modalidades de arrendamento.

Por tudo isto, parece-nos que *a história é francamente favorável à natureza real do direito do locatário*. A tradição é propícia à evolução nesse sentido verificada, não devendo, em princípio, ser contrariada.

III. Do ponto de vista da *Ciência do Direito*, a natureza real do direito do locatário tende a impor-se. Tivemos a oportunidade de verificar como o complexo normativo da locação se *coaduna mal com os princípios gerais do Direito das Obrigações*. Essa dissonância atinge altas proporções no campo do arrendamento, em que os aspectos mais variados se encontram minuciosamente regulados na lei, em detrimento de uma sã conjugação entre a autonomia privada e as normas supletivas.

Toda uma série de elementos normativos, constantes do instituto locativo, e que encontram difícil explicação à face do Direito das Obrigações, *surgem como naturais face ao Direito das Coisas*. Além disso, o reconhecimento científico da natureza real do direito do locatário teria *facilitado* uma reforma equilibrada do instituto, *evitando a introdução de autênticas aberrações jurídicas*; exemplificamos com a consagração de nulidades invocáveis por apenas um dos sujeitos — o locatário⁽¹¹³⁾ — que teria sido facilmente afastada se o direito do locatário fosse susceptível de ser constituído por usucapião.

Além disso, a *Ciência do Direito* tem vindo, progressivamente, a exigir uma regulamentação realista dos bens o que implica, nomeadamente, uma correcta autonomização dos direitos sobre coisas corpóreas. Por isso têm sido afastadas, dos direitos reais, certas categorias tais como os direitos de autor e a «propriedade» industrial; por isso, também, há que fazer

(113) Vide a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 67/75, de 19 de Fevereiro, ao art. 1029.º, n.º 3, do Código Civil, e o disposto no artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 188/76, de 12 de Março.

ingressar, no Direito das Coisas, tudo o que respeite, em primeira linha, ao aproveitamento de coisas corpóreas.

Doutra forma, o Direito Civil acabará por transformar-se num ritual abstracto, sem effectivas implicações com a sua própria realidade normativa.

IV. *Pedagogicamente*, parece indubitável a maior facilidade existente no estudo da locação, quando cotejada com a propriedade, com o usufruto ou com a enfiteuse, (apesar de extinta), do que quando integrada numa discutível *parte especial* do Direito das Obrigações. O que é perfeitamente natural: não é, sempre e só, do aproveitamento material das coisas corpóreas que se trata?

V. Finalmente, aduzimos elementos de *ordem social*. É inegável, hoje em dia, que o locador mantém *escasso contacto* com a coisa, teoricamente sua, nomeadamente no campo do arrendamento. A própria linguagem popular revela esse fenómeno: o locatário (inquilino) refere a coisa locada como sua, ao passo que o locador (senhorio) fala, preferencialmente, na sua renda. *O Direito não pode deixar de reflectir estas ocorrências.*

O reconhecimento do direito do locatário, como real, alertaria, naturalmente, o locador para a gravidade do contrato de locação uma vez que, pelo menos no que toca ao arrendamento, a sua celebração implica, praticamente, *a saída da coisa do património onde se encontrava*. Ainda esse reconhecimento, permitindo, por exemplo, a constituição, *por venda*, do direito do locatário, iria facilitar a proliferação de situações locativas equilibradas. Poder-se-iam atenuar muitas das dificuldades que têm impossibilitado uma política de investimentos em sectores como a habitação e a agricultura. Evitar-se-iam, também, situações de absoluto desfazamento jurídico, autenticamente expropriativas, de facto, para o locador e cujo reconhecimento possibilitaria, pelo menos, a atribuição de eventuais compensações.

Estas e muitas outras considerações que, em torno do tema, poderiam ser produzidas, permitem considerar que, *caso a natureza real do direito do locatário não resultasse já do Direito vigente, haveria que defendê-la, iure condendo.*

§ 15.º CONCLUSÕES: A NATUREZA REAL DO DIREITO DO LOCATÁRIO

55. POSIÇÃO DEFENDIDA

I. Por direito real entendemos a *permissão normativa de aproveitamento de uma coisa corpórea*. A existência de semelhante permissão é facilmente identificável pela *inerência* e pela *sequela*, isto é, pela *íntima conexão entre a permissão e a coisa*, que perdura onde quer que ela se encontre, e pela consequente possibilidade do titular *exercitar a referida permissão por meios jurídicos, quando necessário*.

Assim sendo, o direito do locatário é um direito real de gozo. O seu titular tem a possibilidade de aproveitar as qualidades da coisa corpórea. Esse aproveitamento é tutelado pelo Direito: logo é permitido.

Por isso, enquanto subsistir, traduz uma inseparável afectação da coisa: *há inerência!* Por isso, também, até que se extinga, confere ao locatário, a possibilidade de, por meios jurídicos, aproveitar a coisa, onde quer que ela esteja: *há sequela!*

II. Assentamos esta tomada de posição em dois argumentos decisivos: *a posse do locatário e a natureza do gozo conferido pela locação*.

A posse é, só por si, um direito real. Daí que a simples consagração, pelo Direito português vigente, da posse do locatário confira, ao seu direito, pelo menos, esse elemento inquestionavelmente real. Isto é: uma vez que a posse, por si mesma, já implica uma permissão normativa, porventura precária ou provisória mas, indubitavelmente, jurídica, de aproveitamento duma coisa corpórea, o direito do locatário, na medida em que compreende posse, compreende, logicamente, a aludida permissão real.

O *gozo do locatário* traduz, como vimos, um aproveitamento natural da coisa. A protecção jurídica conferida a esse aproveitamento habilita-nos a diagnosticar a permissão normativa de

aproveitamento da coisa corpórea que, para nós, consubstancia os direitos reais.

III. Para além desses dois elementos fundamentais, referimos, ainda, que a *consagração do princípio «emptio non tollit locatum»*, a *verificação duma oponibilidade «erga omnes»* do direito do locatário, com inclusão da própria possibilidade de *reivindicar a coisa*, a *existência de direitos reais endossados ao locatário*, como sejam a propriedade de frutos e benfeitorias e os direitos de retenção e de preferência e a *subsistência da locação nas expropriações por utilidade pública*, conjuntamente com *poderosos elementos históricos, científicos, pedagógicos e sociais*, indicam, com clareza, a natureza real do direito do locatário.

IV. A natureza real do direito do locatário não está, no entanto, dependente da aceitação do conceito que, de direito real, defendemos. Vamos, por isso, demonstrar essa natureza à face das concepções mais difundidas, de direito real.

56. O DIREITO DO LOCATÁRIO COMO PODER DIRECTO E IMEDIATO

I. A concepção clássica de direito real propugnava-o como *um poder directo e imediato sobre uma coisa*. Como qualificar, face a ela, o direito do locatário?

II. Celebrado um contrato de locação, o locatário *pode atingir a coisa locada*. Fá-lo no próprio interesse, *sem a mediação* do locador e mesmo com a oposição deste. É o que resulta do seu direito de gozo, analisado em uso e fruição. O locatário tem a posse da coisa. Ora a posse traduz, por excelência, um poder sobre uma coisa, sem a necessidade, para a sua efectivação, de qualquer colaboração de pessoas. O locatário tem, ainda, um poder de transformação sobre a coisa, consubstanciado na possibilidade de efectuar determinadas reparações e deteriorações.

III. O *poder do locatário é, por isso, directo e imediato em relação à coisa*. Esta conclusão sai reforçada com a rejeição, oportunamente feita, das doutrinas que pretendem derivar o seu gozo de quaisquer prestações do locador.

57. O DIREITO DO LOCATÁRIO COMO PODER ABSOLUTO

I. A concepção moderna de direito real descobre neste uma *relação absoluta*, na qual o seu titular seria o sujeito activo, contraposto a uma *infinidade de sujeitos passivos*, obrigados a respeitar o direito em causa. «*Quid iuris*» quanto ao direito do locatário?

II. Vimos, com o pormenor possível, que o direito do locatário *é um direito oponível «erga omnes»*. Isto é; enquanto subsistir deve, como qualquer direito real, ser respeitado por todos. Mais: o locatário pode reagir contra quaisquer ingerências, agindo quer contra o locador, quer contra terceiros adquirentes, quer contra titulares de outros direitos, referentes à coisa, quer contra terceiros estranhos.

III. É, assim, possível *descobrir no direito do locatário a relação absoluta introduzida pela pandectística alemã*.

58. O DIREITO DO LOCATÁRIO COMO PODER DIRECTO E IMEDIATO SOBRE A COISA, OPO-NÍVEL «ERGA OMNES»

I. O direito do locatário surge *como um direito real, quer pela teoria clássica, quer pela teoria moderna*. Assim sendo, nenhuma dúvida há em considerar que *também os seguidores das orientações mistas nele podem descobrir, facilmente, as características próprias da realidade*. De facto, pelo que foi dito, verifica-se que o locatário dispõe dum direito no qual é possível detectar *duas*

faces: uma, *interna*, virada directa e imediatamente para a coisa e outra, *externa*, compelindo todos os sujeitos do ordenamento a respeitar a posição do titular.

II. Daí que não haja dificuldades em descobrir, no direito do locatário, as clássicas *sequela* e *prevalência* ou *preferência*. O locatário pode ir buscar a coisa onde quer que ela se encontre, *etiam si per mille manus ambulaverit*. O direito do locatário leva a melhor sobre todos os direitos reais, que, posteriormente, afectem a coisa, com inclusão do próprio direito da propriedade. Assim se explica a *emptio non tollit locatum*. Assim se compreende a posse do locatário. Assim se entende a possibilidade de gozar a coisa, independentemente da vontade do locador.

59. REFUTAÇÃO DE EVENTUAIS ARGUMENTOS EM CONTRÁRIO

I. Face ao quadro legal português, é *árdua* a tarefa daqueles que entendam defender, fundamentadamente, a natureza pessoal do direito do locatário. Os dois argumentos essenciais que, nesse sentido, têm sido alegados, nomeadamente no estrangeiro, *não procedem*, como pensamos ter demonstrado. São eles:

- a *impossibilidade de defesa* erga omnes, por parte do locatário;
- a *mediação dos poderes do locatário, em relação à coisa*.

Remetemos, assim, para as rubricas competentes. Não queremos, no entanto, deixar de aflorar, ainda que sucintamente, *outros elementos* que têm sido aduzidos ou que poderiam sê-lo, a favor da natureza creditícia do direito do locatário. São eles:

- a *necessidade de respeitar a história, a tradição e a posição do locador*;
- o *risco*;

- a *renda e outras obrigações* que impendem sobre o locador e o locatário;
- a *transitoriedade* do direito do locatário e a possibilidade da sua *cessação por incumprimento* de determinadas obrigações.

II. A natureza pessoal do direito do locatário corresponderia a uma *tradição milenária que não deve perder-se*. Além disso, a sua consagração imporia um freio à tendência, por vezes *expropriativa*, de incrementar os poderes do locatário. Estes argumentos, contudo, não colhem: por um lado, são *intrinsecamente insuficientes*; por outro, são *perfeitamente reversíveis*.

São *insuficientes* porque o seu alcance é, apenas, o da política legislativa: por muita relevância que se lhes atribua, nada haverá a fazer se o Direito positivo, consagrar, como consagra, a natureza real do direito do locatário.

São *reversíveis* porque, como vimos, a lição da história vai, precisamente, no sentido da consolidação do direito do locatário, a qual pode implicar, inclusivé, alterações estruturais. É a tradição da *enfiteuse* e da *superfície*. Por outro lado, o reconhecimento doutrinário da natureza real do direito do locatário poderia ser um útil instrumento de justiça social, melhorando a situação, por vezes desequilibrada, do locador. Pense-se, por exemplo, em determinados deveres administrativos e fiscais que recaem sobre uma pessoa (o locador) que escassa ligação conserva com a coisa.

III. Tem-se dito que o *risco* correria por conta do locador, exclusivamente, o que demonstraria a inexistência de ligação real entre o locatário e a coisa locada⁽¹¹⁴⁾. A inexistência de concepções claras em relação à teoria do risco, no que toca à compreensão do direito real força-nos a dar, ao argumento que combatemos, uma feição mais clara.

(114) É um argumento a que são muito sensíveis GUARINO, *Locazione* cit., p. 8, e BARBERO, *Sistema del Diritto* cit., II, p. 340. Mas, contra, vide LE GALL, *L'Obligation de Garantie* cit., p. 290 e LAZZARA, *Il Contratto di Locazione* cit., p. 146.

O direito real é inerente a uma coisa corpórea. Daí que todas as vicissitudes materiais que possam afectar a coisa se reflectam, automaticamente, no próprio direito. Se a coisa perecer, o direito real extingue-se uma vez que, por força da inerência, é inseparável em relação à coisa. Podemos, assim, proclamar que a sensibilidade dos direitos reais ao risco é como que a contraprova negativa da inerência: perda a coisa, extingue-se o direito.

Aceite esta doutrina, parece claro que se o direito do locatário sobrevivesse à perda da coisa, dever-se-ia concluir pela sua natureza não real.

Mas não é essa a solução do direito português! Nos termos do artigo 1051.º, n.º 1, alínea d), o contrato de locação caduca pela perda da coisa. O que é dizer: nessa eventualidade, o locador perde as rendas e o locatário o gozo da coisa, numa clara demonstração de que o risco corre por conta dos dois, na exacta proporção dos seus direitos. Aliás, o paralelo entre a disposição citada e as correspondentes ao usufruto — art. 1476.º, n.º 1, d) — à extinta enfiteuse — art. 1513.º, b) — e à superfície — art. 1536.º, n.º 1, e), é manifesto.

IV. Outro óbice à natureza real do direito do locatário seria a consagração, no seio da situação locatícia, de várias obrigações, entre as quais a renda. No entanto, é uma das conquistas mais significativas do moderno Direito das Coisas o reconhecimento da existência de obrigações no próprio conteúdo dos direitos reais. Trata-se de obrigações *propter rem*, aqui destinadas a solucionar um conflito de sobreposição hierárquica entre os direitos do locador e do locatário.

A renda em si integra a categoria, já consagrada, dos *onus reais* (115), à semelhança do *foro enfiteutico* e do *canon superficiário*. A sua existência não perturba, pois, de forma alguma, a natureza do direito do locatário (116).

(115) Cf. os nossos *Direitos Reais*, vol. II, pp. 377 e ss. da edição policopiada e a bibliografia aí reunida.

(116) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais* cit., pp. 519-520.

V. Finalmente, tem-se alegado que o direito do locatário, pela sua transitoriedade e pela possibilidade de cessar, *maxime* pelo não pagamento da renda, *não aparentaria a solidez própria dos direitos reais*. Mas não: a perpetuidade não é, hoje, considerada característica dos direitos reais, consagrando, a lei portuguesa, a possibilidade do *próprio direito de propriedade ser temporário* (117). Basta, aliás, recordar que quaisquer direitos patrimoniais privados podem cessar, no termo de acção executiva.

A natureza real dos direitos não depende, de forma alguma, de alegada solidez.

CAPÍTULO V

ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DA NATUREZA REAL DO DIREITO DO LOCATÁRIO

§ 16.º ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DA NATUREZA REAL DO DIREITO DO LOCATÁRIO

6o. GENERALIDADES; DELIMITAÇÃO SUBSEQUENTE

I. Determinada e demonstrada a natureza real do direito do locatário, haveria que examinar, por esse prisma, todo o instituto locativo, procedendo às necessárias reformulações. Não vamos empreender, agora, semelhante tarefa que se situaria, nitidamente, fora do âmbito monográfico deste trabalho.

Aliás, as recolocações a que o reconhecimento da natureza real do direito do locatário dá lugar não são tão amplas quanto

(117) Cf. os nossos *Direitos Reais*, vol. III, pp. 137 e ss. da edição policopiada.

poderia parecer, à primeira vista. Isso porque *a locação é objecto da estrita regulamentação legal típica dos direitos reais*, que a doutrina pessoalista dominante teve, naturalmente, de acatar nas suas construções.

II. Vamos limitar as considerações subsequentes a duas formas de constituição de direitos, próprias do Direito das Coisas, cuja aplicabilidade à locação, depende, em princípio, do acolhimento da sua natureza real: a *usucapião* e a *accessão*.

A excelência dos resultados eventualmente obtidos permitirá uma contraprova das nossas conclusões, em sede de natureza do direito do locatário.

61. A USUCAPIÃO

I. Dispõe o artigo 1287.º do Código Civil:

«A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião».

Esta disposição pode ser corrigida doutrinariamente (1), uma vez que não se possuem direitos, mas sim coisas. Diremos, assim, que a usucapião é *a constituição, facultada ao possuidor, do direito real correspondente à sua posse, desde que esta, dotada de certas características, se tenha mantido pelo lapso de tempo determinado na lei*.

II. Tal como diz a definição legal, a usucapião é uma forma de constituição exclusiva dos direitos reais de gozo. O Código, aliás, repete esse papel da usucapião a propó-

(1) Vide os nossos *Direitos Reais* cit., II volume, pp. 610 e ss. da edição policopiada.

sito da *propriedade* — art. 1316.^o —, da *propriedade horizontal* — artigo 1417.^o, n.^o 1 —, do *usufruto* — art. 1440.^o —, da *enfiteuse* — art. 1497.^o —, da *superfície* — art. 1528.^o — e das *servidões* — art. 1547.^o, n.^o 1. A regra é, de qualquer forma, a da aplicabilidade geral da usucapião, de tal forma que, quando a lei a quis excluir, fê-lo expressamente; assim, não há usucapião no tocante aos direitos de uso e de habitação — art. 1293.^o, *b*) (2), podendo, «a contrario» deduzir-se a sua verificação em todos os outros direitos reais de gozo.

III. O direito do locatário, que é um direito real de gozo e dá lugar a posse, pode ser constituído por usucapião⁽³⁾, nos termos gerais, uma vez que não há exclusão expressa. Deve aplicar-se o regime comum quanto aos requisitos da posse e demais aspectos do instituto. A questão dos prazos é, naturalmente, solucionada, no sentido de, ao aluguer, se aplicarem as normas referentes à usucapião de móveis e, ao arrendamento, à de imóveis.

IV. A usucapibilidade da locação é exigida pela *mesma* ordem de razões que justificam a constituição dos outros direitos reais pelo decurso do tempo: a *segurança* e *razões de justiça social* não permitem que uma pessoa, depois de, durante largo espaço de tempo, ter tido uma posse pública e pacífica de certa coisa, possa ser despojada em favor de quem se demonstrou, normalmente, desinteressado pelo seu aproveitamento.

Estas razões de utilidade social são tão fortes que, autores para quem a natureza do arrendamento é controvertida, não hesitaram em proclamar a sua usucapibilidade (4).

(2) É o que se passa, também, com as servidões não aparentes, embora, aí, a razão advenha da inexistência de publicidade.

(3) Já DIAS MARQUES o defendera, em relação ao arrendamento. Cf. a sua *Prescrição Aquisitiva*, cit., I, p. 220.

(4) Assim, MOTA PINTO, *Direitos Reais* cit., p. 164. De facto, nada, na nossa Ordem Jurídica, excepto um *conceitualismo feroz*, impediria a aplicação analógica da usucapião a todos os direitos que impliquem posse.

V. Resta acrescentar constituírem todas as razões sócio-culturais que implicam a usucapibilidade da locação, implicitamente, outras tantas razões a favor da sua natureza real. Caso assim se tivesse oportunamente entendido, talvez se houvesse evitado a introdução, no nosso Direito, das estranhíssimas disposições destinadas a assegurar a posição de certos arrendatários contra a arguição da nulidade dos respectivos contratos, por parte dos senhorios (5).

62. A ACESSÃO

I. O Código Civil trata sob o título de «acessão» várias formas de constituição de direitos reais, perfeitamente distintas, que autonomizámos (6) sob os títulos de *acessão natural*, *acessão*, *união ou confusão* e *especificação*. A *acessão natural* consiste no acrescento, por força da natureza, a uma coisa imóvel; a *acessão* verifica-se quando alguém construa obra, faça sementeira ou efectue plantação sobre um terreno, de tal forma que as coisas aí intervenientes não tenham o mesmo proprietário ou não lhe pertençam; a *união* deriva do facto de uma pessoa unir ou confundir objecto seu com objecto alheio; a *especificação* tem lugar sempre que um sujeito, pelo seu trabalho, dê nova forma a coisa alheia.

Brevitatis causa falaremos, genericamente, em *acessão*.

II. A doutrina comum, aparentemente com alicerces na lei, considera que, pela *acessão*, apenas se pode constituir o

(5) Vide as já referidas disposições constantes do art. 1029.º, n.º 3, do Código Civil, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 67/75, de 19 de Fevereiro, e do art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 188/76, de 12 de Março.

(6) Não é possível indicar, aqui, toda a tramitação seguida para a obtenção dessas conclusões. Fundamentamo-nos, essencialmente, nos diversos requisitos das figuras referenciadas, os quais dão lugar a regimes diferentes. Temos sólidos apoios no direito italiano e no direito alemão. Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., II, 663 da edição policopiada.

direito de propriedade (7). Nesse sentido, pode-se aduzir a sistematização do Código Civil que apenas afere a acessão à propriedade — art. 1316.º —, por oposição aos artigos 1417.º, 1440.º, 1528.º e 1547.º, n.º 1, que a não reportam, respectivamente, à propriedade horizontal, ao usufruto, à superfície e às servidões. Mas o argumento é fraco; efectivamente, sabe-se que o Código regulamenta, a propósito da propriedade, a teoria geral dos direitos reais.

Defendemos, por isso, que a acessão é, tendencialmente, aplicável a todos os direitos reais (8).

III. Vamos partir dum exemplo concreto. Admitamos que um prédio rural, arrendado, era semeado por terceiro. Não será justo atribuir ao arrendatário o novo direito daí adveniente, desde que se verifiquem os restantes requisitos legais? Porque atribuí-lo ao senhorio, que não tem uma ligação directa à exploração da coisa e que, de qualquer forma, recebe sempre a sua renda?

Deve, pois, entender-se que a acessão opera, também, em relação à locação.

O mesmo raciocínio é aplicável à união e à especificação; supondo que a um móvel locado era pintado por terceiro ou que lhe era acrescentada uma peça por estranho: devia voltar, por isso, às mãos do proprietário? De forma alguma: o locatário pode ampliar a sua posição accionando essas formas, tipicamente reais, de constituição de direitos.

IV. Seja como for, *deve entender-se que a aplicação ao direito do locatário, da acessão (9), pressupõe e implica a sua natureza real.*

(7) Quando do assunto se ocupa, o que é raro. Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais* cit., p. 434; *Estudos sobre a superfície e a acessão*, separata da *Scientia Iuridica*, Braga, 1973, p. 73.

(8) Cf. os nossos *Direitos Reais* cit., II volume, pp. 105 e ss. da edição policopiada. Esse princípio é, em parte, reconhecido pelo artigo 691.º em relação à hipoteca.

(9) Problema aparentemente delicado seria o de saber, na hipótese de acessão constitutiva, simultaneamente, do direito de propriedade

e de outro direito real, quem exerceria o poder aquisitivo — sendo a accessão potestativa — e quem pagaria as indemnizações a que houvesse, eventualmente, lugar. A resposta é tecnicamente, simples: esses poderes e encargos assistem ao titular do direito real menor quando a transformação acarretada pela accessão se contenha no conteúdo do seu direito: caso contrário, só o proprietário pode decidir. Por exemplo: o arrendatário rural pode adquirir, por accessão, as sementes lançadas à terra por terceiro; outro tanto sucede com o usufrutuário. Mas não podem alargar, por accessão, os seus direitos, a uma edificação efectuada por terceiro, na medida em que os conteúdos dos direitos respectivos lhes não permitem, a eles próprios, edificar. Já o superficiário poderia adquirir o edifício por accessão ... ou, caso a construção valesse mais do que o solo (do proprietário), alienar o seu direito de superfície...