

LOCAÇÃO DE BENS DADOS EM GARANTIA  
NATUREZA JURÍDICA DA LOCAÇÃO

*Pelo Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão*

O PROBLEMA

Propomo-nos considerar uma série de problemas de grande relevância prática e de delicadas implicações doutrinárias.

É frequente serem dados, como objecto de garantia real, bens livres, mas que subsequentemente são locados pelos seus proprietários.

Particularmente no que respeita ao arrendamento de bem hipotecado, compreende-se a relevância do facto. O prédio livre tem um valor; o prédio arrendado tem um valor muito menor. Uma longa evolução, que conduziu a um reforço incessante da posição do arrendatário, agudiza o problema cada vez mais.

Importa por isso saber, se houver que recorrer à execução, se o aluguer ou o arrendamento entretanto constituídos sobre o bem onerado subsistem à venda judicial, ou se caducam por força do disposto nos arts. 97.º do Cód. de Processo Civil e 824.º do Cód. Civil.

Esquemáticamente, são estes os problemas que vamos abordar:

1.º O arrendamento do prédio hipotecado, constituído depois de registada a garantia, é oponível ao credor hipotecá-

rio em caso de venda do prédio em execução ou caduca por força do disposto nos arts. 907.º do C.P.C. e 824.º do C.C.?

2.º A resposta dada à pergunta anterior será extensiva, e em que termos, ao aluguer de bens empenhados?

## I

### O ARRENDAMENTO E A VENDA EM PROCESSO EXECUTIVO

#### 1. *Plano da análise*

O problema suscitado pode ser reconduzido a uma interrogação muito simples, cuja resposta condiciona todos os pontos implicados. Quando o art. 824.º/2 do Código Civil determina que os bens são transmitidos livres dos direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, abrange entre esses direitos reais o arrendamento?

Posto assim o problema, logo nos assalta a *vexata quaestio* da natureza real do direito de arrendamento, que pareceria dever-nos dar o núcleo e o ponto de partida de todo o trabalho.

Não vamos porém proceder assim, por uma preocupação metodológica fundamental.

Se partíssemos de alguma conclusão sobre a natureza do direito de arrendamento, dificilmente fugiríamos à *inversão metodológica*. Constituiria esta em antepor à interpretação do art. 824.º um conceito doutrinário, quando na realidade os conceitos devem justamente apoiar-se numa disciplina normativa.

E, mesmo que, a partir de outros dispositivos, tivéssemos concluído em tese geral que o arrendamento seria um direito real, ainda assim não estaríamos dispensados de verificar se, perante a teleologia do art. 824.º/2, ainda deveríamos pensar assim.

Pode o entendimento de um conceito legal, válido perante a generalidade dos preceitos, claudicar justamente perante este caso concreto. Toda a singular *facti species* obriga afinal de contas a rever posições tomadas, porque altera a base da análise. O art. 824.º/2 teria sempre de ser tomado como o caso novo de que dependeria a confirmação das posições anteriores.

E poderia o resultado nem sequer ser esse. Poderíamos concluir que o art. 824.º/2 só aparentemente recorre ao conceito geral do direito real. Nada exclui que, *para efeitos daquele preceito*, o arrendamento não devesse, sem prejuízo de orientação contrária nos restantes casos, considerar-se incluído no conceito de direito real. Razões particulares podem levar o legislador a afastar uma posição geral num caso específico; e, mesmo quando use a mesma expressão «direitos reais», pode ter-lhe atribuído um significado particular. O intérprete teria então de fazer interpretação restritiva, e descobriria assim um especial conceito legal de direito real, que se afastaria do que a lei genericamente adopta.

Isto nos mostra como seria errado tentar resolver os problemas suscitados através de uma análise meramente concitual.

Para tornar mais flagrante a nossa orientação, vamos fazer uma divisão radical na análise.

Numa primeira parte, abstraímos quanto possível do conceito de direito real. Perguntaremos apenas se, à luz da teologia própria do art. 824.º/2, o arrendamento deverá ou não considerar-se um dos direitos aí abrangidos.

Só após resolvermos este problema, passaremos à determinação da natureza jurídica do direito de arrendamento.

Os outros problemas, e nomeadamente a análise em especial da situação resultante do aluguer, serão subsequentemente considerados.

## 2. *Antecedentes. Os direitos reais sujeitos a registo*

O problema suscitado, mau grado a sua relevância, não encontra uma explícita solução legal. O legislador não recor-

reu à casuística. É só pois perante a análise da solução, e das categorias gerais e do espírito do sistema, que lograremos equacioná-lo.

Para vencer esta dificuldade temos de utilizar devidamente os elementos auxiliares da interpretação.

Começemos por determinar o último momento em que na nossa ordem jurídica houve solução explícita para o problema em debate.

Aconteceu assim com o Decreto n.º 5411, de 17 de Abril de 1919, que disciplinou genericamente o arrendamento.

O art. 36.º deste diploma regula a posição do arrendamento em caso de transmissão do prédio, proveniente de execução.

Distinguem-se os arrendamentos sujeitos e os não sujeitos a registo. Vamos verificar o seu regime, e a partir daí procurar entender a evolução subsequente.

Para os *arrendamentos sujeitos a registo*, o § 1.º dispõe que «subsistem à transmissão do prédio por via executiva, se estiverem registados anteriormente ao registo do acto ou facto de que a transmissão resultou».

Esta situação foi ainda prolongada pela Lei n.º 1662, de 4 de Setembro de 1924. Surge depois a Reforma do Código Civil (1). Por força desta, o art. 1022.º passou a determinar que «os ónus reais com registo anterior ao de qualquer hipoteca, penhora ou arresto... acompanham o prédio alienado», substituindo assim nessa medida o art. 36.º do Dec. n.º 5411 (2).

Em 1939 o Código de Processo Civil arroga-se a disciplina da matéria, afastando por sua vez o Código Civil (3).

---

(1) Fruto do Dec. n.º 19 126, de 16 de Novembro de 1930.

(2) Veja-se Lopes Cardoso, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed., Coimbra, 1964, n.º 214, em que abandona a posição divergente anteriormente defendida.

(3) Fernando Olavo, em *Caducidade dos Direitos Reais de Gozo. Concorrência dos Direitos Reais de Garantia*, na *Rev. da Ordem dos Advogados*, I, 450 e segs., considera que então o art. 36.º do Dec. n.º 5411 era ainda a lei vigente e que, como lei especial, subsistiu. Mas não tem razão. Como se sabe, o art. 3.º do Dec.-Lei n.º 29 637, de 28 de Maio de 1939,

O art. 907.<sup>o</sup> do Código de Processo Civil não fala em *ónus reais*, mas em *direitos reais*. Diz-nos que os bens alienados em execução são transmitidos livres dos *direitos reais* que não tiverem registo anterior ao de qualquer hipoteca, penhora ou arresto — para o caso das vinculações sujeitas a registo.

Esta substituição não foi porém realizada com total felicidade, até porque a expressão «*ónus real*» subsistiu noutros trechos do novo Código, e provocou polémica entre os autores. O próprio José Alberto dos Reis teve de reconhecer o que seria um entendimento especial. Por um lado, a expressão *direitos reais* não abrangeria os *direitos reais* de garantia; por outro, abrangeria dois *ónus reais*, na designação do art. 949.<sup>o</sup> do Código Civil: o dote e o arrendamento sujeito a registo (1).

Descobrimos assim uma situação muito curiosa. A partir daqui, a expressão legal «*direitos reais*» abrange o arrendamento. Considere-se este, em tese, direito real ou direito de crédito, o certo é que o art. 907.<sup>o</sup> do Código de Processo Civil, ao prever os *direitos reais*, engloba o arrendamento sujeito a registo.

O Código de Processo Civil, aprovado pelo Dec.-Lei n.<sup>o</sup> 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, manteve esta situação inalterada, no seu art. 907.<sup>o</sup>

Seguiu-se o Código Civil de 1966. Ele passa a regular esta matéria no art. 824.<sup>o</sup>/2. Diz-se agora: «Os bens são transmitidos livres dos *direitos reais* de garantia que os onerarem, bem como dos demais *direitos reais* que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, com excepção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo».

---

que aprovou o Código de Processo Civil, procedeu à revogação universal da legislação processual vigente, com as excepções que assinala. Ainda porém que se entendesse que a matéria é substantiva o resultado seria o mesmo. O que interessa é que o Código de Processo Civil passou a regular integralmente a matéria, substituindo portanto o Código Civil. E para além da mudança de técnica, parece haver alterações de substância a assinalar.

(1) *Processo de Execução*, vol. 2.<sup>o</sup>, Coimbra, 1954, n.<sup>o</sup> 103.

Em consequência, o art. 907.<sup>o</sup> do Código de Processo Civil passou a declarar simplesmente: «Após o pagamento do preço e da sisa são mandados cancelar os registos dos direitos reais que caducam, nos termos do n.<sup>o</sup> 2 do artigo 824.<sup>o</sup> do Código Civil».

Também a referência do Código Civil aos «direitos reais» não pode deixar de abranger os dois *ónus reais* já apontados pela doutrina anterior, o arrendamento sujeito a registo e o dote (1). Não conhecemos oposição a este ponto de vista.

Em 1976, com a supressão do regime dotal pela reforma do Código Civil, a previsão deixou de se aplicar ao dote. Mas subsistiu, por não ter sido directa nem indirectamente alterada, no respeitante ao arrendamento sujeito a registo.

O novo Código de Registo Predial, aprovado pelo Dec.-Lei n.<sup>o</sup> 224/84, de 6 de Julho, submete a registo «o arrendamento por mais de seis anos e as suas transmissões ou sublocações, exceptuado o arrendamento rural» (art. 2.<sup>o</sup>/1/m).

Mantém-se portanto o princípio, já atrás assinalado, de que a previsão legal dos «direitos reais» sujeitos a registo abrange seguramente o arrendamento. Qualquer que seja portanto o entendimento teórico de direito real, o certo é que o art. 824.<sup>o</sup>/2 abrange nessa expressão o arrendamento, quando sujeito a registo.

### 3. *Os direitos reais não sujeitos a registo*

E que dizer do arrendamento não sujeito a registo? É este o ponto que particularmente nos interessa. Passemos a esta análise, para verificar se idêntica extensão deve, afinal, ser defendida.

---

(1) Anselmo de Castro observa que a expressão *ónus real* continua a ser usada no Código de Processo Civil — desde logo no art. 908.<sup>o</sup>, que pressupõe o art. 824.<sup>o</sup> do Código Civil: *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*, Coimbra, 1970, 230, nt. 1.

Também em relação ao arrendamento não sujeito a registo, a última tomada de posição inequívoca por parte do legislador é-nos dada pelo mesmo Dec. n.º 5411, de 17 de Abril de 1919.

É ainda o art. 36.º, agora no § 2.º, que dispõe que os arrendamentos não sujeitos a registo «subsistem apesar da execução, por todo o tempo que tiverem sido feitos, salvo se outra coisa se tiver estipulado». Trata-se, aliás, da transposição da doutrina do art. 1621.º do Código de Seabra.

Parte-se do pressuposto de que o arrendamento não sujeito a registo é um gravame de carácter transitório, que onera os bens por um período breve, findo o qual o adquirente retoma a sua liberdade. Está-se em 1919.

Mas é justamente então que se desenha a evolução que leva a que o arrendamento se transforme num ónus pesadíssimo, duradouro, que acaba por beneficiar até pessoas diferentes do arrendatário inicial ou de seus sucessores ou familiares. Cada progresso no sentido da protecção do arrendatário levou a uma degradação correlativa do valor dos bens. E isto não poderá deixar de ser sentido quando se determina qual a posição do arrendamento no processo executivo.

A situação ainda é a mesma num diploma posterior, a Lei n.º 1662, de 4 de Setembro de 1924. Mas o Código de Processo Civil de 1939 marca um desvio que é fundamental.

É então que nos surge o art. 907.º, já atrás referido. Este inova, ao tomar como nuclear um conceito geral. A especificação do Dec. n.º 5411 é posta de lado: interessa agora é que as figuras singulares se moldem no conceito de «direito real». O texto, com alterações que não são substanciais, passou depois ao Código de Processo Civil de 1961.

Confrontando os dois parágrafos, vemos que se autonomizam, do conceito de direito real, os direitos reais de garantia. A conjugação destas duas referências ocupou a doutrina, pois cria problemas delicados. Como para nós não tem porém interesse, não nos ocuparemos deste ponto.

É pelo contrário fulcral observar que a economia do preceito assenta na distinção entre os direitos reais que estão condicionados, na sua eficácia, à realização do registo e daque-

les que produzem efeito em relação a terceiros independentemente do registo.

No primeiro caso, como o efeito normal do registo predial é definido justamente pela lei como sendo o de condicionar a eficácia em relação a terceiros dos direitos a ele sujeitos, a solução é relativamente fácil. Se o direito não foi registado antes do arresto, penhora ou garantia, o direito é inoponível ao adquirente; e se foi registado posteriormente será mandado cancelar. Recorde-se apenas que já apurámos que entre esses direitos está o arrendamento sujeito a registo.

Restam os direitos que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo.

Aqui, a lei vai distinguir entre os que forem constituídos em data anterior ao arresto, penhora ou garantia, e os que forem constituídos em data posterior. Os primeiros continuam a onerar os bens alienados; os segundos caducam.

#### 4. *O art. 824.º/2 do Código Civil e o regime instituído*

É esta a ideia que, com algum apuramento técnico, preside agora ao art. 824.º/2 do Código Civil, complementado pelo n.º 3.

Duas observações preliminares, de exegese do respectivo texto.

Determina-se que «os bens são transmitidos livres dos direitos reais de garantia que os onerarem, bem como dos demais direitos reais que não tenham registo anterior..., com excepção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo».

Esta excepção final respeita também aos direitos reais de garantia, ou aos restantes direitos reais apenas?

Gramaticalmente, ambos os entendimentos são possíveis. Mas cremos que só o primeiro é correcto. Pois que, se se admitisse que subsistiam direitos reais de garantia não sujeitos a registo, desde que constituídos anteriormente — por exemplo, um privilégio creditório — teríamos que se transmitiriam bens

que continuariam onerados por direitos reais de garantia. São evidentes os inconvenientes do sistema, que não pode ter sido pretendido por lei.

Por outro lado, prolongando e esclarecendo o Código de Processo Civil, determina-se agora, no n.º 3, que os direitos que caducarem, nos termos do n.º 2, transferem-se para o produto da venda dos respectivos bens (1).

É este sem dúvida o destino dos direitos reais de garantia que forem preteridos pelo direito do exequente. Haverá que buscar a satisfação no produto da venda, nos termos gerais.

Já é mais difícil porém a aplicação do esquema aos direitos reais de gozo ou, mais amplamente, a quaisquer direitos reais que não sejam de garantia. Como a vocação destes não é já satisfazerem-se através do pagamento de uma quantia em dinheiro, pareceria que se deveriam extinguir pura e simplesmente, se porventura não fossem oponíveis ao adquirente dos bens. Era a situação aceite pela prática portuguesa anterior ao novo Código Civil.

A terminologia foi porém alterada por este Código. Já se não fala nos direitos dos credores mas, mais amplamente, nos direitos de terceiros. Sustentou-se por isso que «o princípio pode e deve aplicar-se aos titulares de direitos reais de gozo, que não sejam credores. Imaginemos que há um usufruto registado depois duma hipoteca ou do registo da penhora. O usufruto caduca, mas transferem-se para o remanescente, pagos os credores, os direitos do usufrutuário» (2).

Pelo menos, há que distinguir. Tal transferência só é imaginável quando os direitos em causa forem em abstracto susceptíveis de recair sobre uma quantia em dinheiro. Se porventura foi registada, após a hipoteca, uma servidão sobre o

---

(1) Subentende-se: depois de pagas os credores a quem esses direitos forem inoponíveis. Cfr. Vaz Serra, anot. ao Ac. do Sup. Trib. de Just. de 11 de Fevereiro de 1969, na *Rev. Leg. Jurisp.*, 103.º, 164, nt. 3.

(2) Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1981, *sub* art. 824.º, n.º 3. No mesmo sentido Anselmo de Castro, *ob. cit.*, 228-229.

prédio onerado, essa servidão não subsiste após a execução, por ser de todo em todo insusceptível de recair sobre uma quantia em dinheiro.

O ponto tem importância, pois que se poderia pretender levantar com este fundamento uma objecção à eventual extinção do arrendamento, constituído após o registo da hipoteca. Dir-se-ia que, como o arrendamento não pode recair sobre uma soma pecuniária, nunca poderia estar incluído entre os «direitos reais» previstos no art. 824.<sup>o</sup>/2. Na realidade, mesmo os clássicos direitos reais de gozo só subsistem na medida em que um direito com o *nomen iuris* correspondente puder recair sobre uma quantia em dinheiro. Esta conclusão basta para que possamos prosseguir a nossa análise, desinteressando-nos da determinação do regime de cada direito real.

### 5. Preceitos sobre o arrendamento

Temos pois de verificar se, perante as leis actuais — e uma vez afastado o sistema do Dec. n.<sup>o</sup> 5411 — o arrendamento não sujeito a registo pode ser incluído na referência aos direitos reais, para fins do art. 824.<sup>o</sup>/2 do Código Civil.

Antes de nos embrenharmos neste tema, façamos uma última ressalva.

Poderia pretender-se que toda a análise é ociosa, com fundamento nas próprias previsões sobre arrendamento do Código Civil. Vejamos.

O art. 1057.<sup>o</sup> do Código Civil consagra o princípio de que o sucessor ou transmissário, no que respeita aos direitos sobre a coisa, sucede nos direitos e obrigações do locador, sem prejuízo das regras do registo. Dá-se pois acolhimento ao princípio *emptio non tollit locatio*, hoje apresentado com a devida amplitude.

Ora a venda judicial, não obstante as suas particularidades, é uma venda. Não bastará isto para podermos concluir que o adquirente em processo executivo do direito dado em garantia, tem de respeitar quaisquer direitos entretanto constituídos sobre a coisa?

Não basta. E isto por duas ordens de razões:

a) a própria lei ressalva as regras do registo. Ora o registo deve ter-se em conta, não apenas no que respeita ao locatário (caso em que é apenas eventual) mas também no que respeita ao credor hipotecário, sendo então essencial para a situação em causa. As regras do registo impõem, como procuraremos provar, outra solução.

b) sobretudo, a separação entre matéria substantiva e adjectiva levou a que o Código Civil proclamasse os seus princípios com normal olvido das vicissitudes processuais, nomeadamente as resultantes da execução. O estabelecimento do princípio geral do art. 1057.º não nos dispensa da comprovação de que esse princípio é aplicável à venda judicial. Será esta pois a análise a que seguidamente nos dedicaremos.

Outra objecção de índole semelhante pode ser retirada do art. 1051.º, que enuncia as causas de caducidade da locação. Entre essas causas não figura a venda em processo executivo.

Também nos parece argumento de pouca monta. A lei não estabelece directa ou indirectamente o carácter taxativo da enumeração a que procede. Reconhece-o Cunha de Sá, em estudo dedicado especificamente a esta matéria (1). E esse carácter taxativo nunca é de presumir. O grande princípio da nossa ordem jurídica é o da analogia, fundado na regra constitucional do tratamento idêntico de casos semelhantes. Qualquer enumeração ou tipologia legal deve presumir-se assim meramente exemplificativa (2).

Como nenhuma razão foi apresentada em favor do carácter taxativo do art. 1051.º, não temos que nos impressionar com o facto de o preceito não declarar a venda em processo executivo causa de caducidade do arrendamento. Mais uma vez, deixou-se para outras leis determinar se, e em que termos,

---

(1) *Caducidade do Contrato de Arrendamento*, Lisboa, 1968, 90-91.

(2) Desenvolvemos o tema em a nossa *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968, n.º 15.

essa caducidade realmente se verifica. É o que vamos tentar surpreender.

## 6. *Lugares paralelos de leis estrangeiras*

Precederemos a nossa análise de uma indagação de direito comparado.

Sabe-se que o Código Civil português se inspirou particularmente nas ordens jurídicas alemã e italiana. Só lhe fica bem semelhante inspiração, que não foi servil, e lhe permitiu o confronto com as soluções jurídicas mais aperfeiçoadas em todo o mundo.

Para não nos alongarmos demasiadamente, procuraremos saber de que maneira as soluções vigentes nesses países influenciaram a legislação portuguesa.

Da Itália chegou-nos disciplina de matéria afim: a relativa à penhora.

O art. 2923.º do Código Civil italiano regula expressamente esta matéria. As locações são ou não oponíveis ao adquirente em processo executivo consoante têm ou não data certa anterior à penhora. Exceptua-se a aquisição da posse de móveis por terceiro de boa fé: a excepção não tem relevância para nós, por a ordem jurídica portuguesa não admitir o princípio «posse vale título».

Vários outros aspectos são depois regulados nos parágrafos subsequentes deste artigo. Veremos depois de que maneira poderão ter influenciado a legislação portuguesa.

Não há nenhuma solução explícita para o problema da relação entre hipoteca e direito de arrendamento (não sujeito a registo) que grave os bens onerados.

A influência alemã é mais directa.

Expressamente incluído na matéria da hipoteca está o § 1136 do B.G.B., que dispõe: «É nula a convenção pela qual o proprietário se obriga perante o credor hipotecário a não alienar o prédio ou constituir outras onerações».

Os autores alemães observam que a eficácia real de semelhantes convenções fora já excluída pelo § 137. O que o § 1136

traz de novo é a exclusão também da mera eficácia obrigacional.

A doutrina dominante vai no sentido da licitude do pacto pelo qual qualquer alienação ou oneração do prédio provoca o vencimento antecipado da hipoteca (1). O ponto é importante, pois esta interpretação ficou expressamente consolidada no art. 695.º do Código Civil Português.

Por outro lado, o § 577 prevê as onerações do prédio, consentidas pelo locador após a constituição da locação; e manda aplicar os §§ 571 a 576.

Conjugando estes preceitos, verifica-se que as onerações constituídas após a entrega do prédio ao locatário são inoponíveis a este. Pelo contrário, se as onerações são anteriores à entrega do prédio ao locatário, é a locação que passa a ser inoponível (2). Temos assim que no direito alemão as locações pactuadas pelo proprietário após a constituição de uma hipoteca, embora não sujeitas a registo, *não subsistem* em caso de venda judicial.

## 7. O arrendamento de bens penhorados

Após estes breves apontamentos de direito estrangeiro, cuja utilidade precípua surgirá no decorrer da exposição subsequente, vejamos qual a posição adoptada pela lei portuguesa, na eventualidade de os bens sobre que recai uma garantia real serem objecto de um arrendamento.

Começamos por uma hipótese ainda um pouco longínqua para o nosso objectivo. Vejamos o que sucede quando ocorrer a penhora de bens.

---

(1) Cfr. Wolff-Raiser, *Sachenrecht*, 10.ª ed., Tubinga, 1957, §138 /III; Westermartin, *Sachenrecht*, 5.ª ed., Karlsruhe, 1966, § 100/II. Contra, Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munique e Berlim, 1960, § 40/III.

(2) Mais precisamente, há a possibilidade de denúncia por parte do adquirente: Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 11.ª ed., Munique, 1977, § 48/IV.

Regulam a matéria os arts. 838.º e seguintes do Código de Processo Civil, que mandam entregar os bens a um depositário.

Os bens podem estar arrendados. O arrendatário será então designado depositário (art. 841.º).

Se o não estão, os bens devem ser administrados pelo depositário, que em princípio os arrendará (art. 843.º).

Afastou-se assim a solução do Código italiano, há pouco mencionada, que consistia em distinguir os arrendamentos com data certa e aqueles que a não tivessem.

Vaz Serra considerou preferível admitir a prova livre da anterioridade do arrendamento, quando este não deva ser feito por escrito (1).

Consequentemente, o Código de Processo Civil (que regulou afinal esta matéria) apenas faz a distinção fundamental entre o arrendamento anterior e o posterior à penhora.

Na sua anterior versão, o art. 843.º continha um n.º 4, do seguinte teor: «O depositário não pode fazer arrendamento por prazo superior a um ano». Este número foi porém eliminado pelo Dec.-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967(2).

Porquê?

Porque era inútil. Os arrendamentos celebrados pelo depositário caducam com a cessação das funções deste (3). Não tem pois coerência estabelecer uma limitação temporal quando as suas finalidades são plenamente satisfeitas pela regra geral da caducidade, qualquer que seja a duração do arrendamento.

Isto é aplicação directa do art. 1051.º/c do Código Civil, segundo o qual o arrendamento caduca quando findam os

---

(1) *Realização Coactiva da Prestação-Execução (Regime Civil)*, no *Bol. Min. Just.*, n.º 73, 231.

(2) Chama-se a atenção para o facto de a versão do *Código de Processo Civil Anotado* de Abílio Neto continuar a incluir este n.º 4, o que pode originar confusão. Por outro lado, na anotação deste autor ao art. 843.º, refere-se uma interessante jurisprudência, no sentido de atribuir à violação destas regras a sanção da ineficácia em relação ao credor.

(3) Neste sentido Cunha de Sá, *Caducidade do Contrato de Arrendamento*, I, Lisboa, 1968, n.º 27.

poderes legais de administração com base nos quais o contrato foi celebrado.

Portanto, nesta primeira hipótese, verificamos que a lei providenciou no sentido de não permitir a adulteração da garantia assegurada através da penhora. Se o prédio não estava arrendado antes da penhora, os arrendamentos constituídos após esta não são oponíveis ao exequente.

Ora bem: e após a constituição da hipoteca? Os arrendamentos autorizados pelo titular do prédio serão igualmente inoponíveis? Não há nenhuma administração de bens alheios, mas a *ratio* — impedir a degração do valor dado em garantia — não será extensiva a estes casos?

#### 8. *Oneração de bens hipotecados*

Em matéria de hipoteca, não encontramos nenhuma referência directa ao arrendamento dos bens gravados. Há porém um texto que tem forçosamente incidência sobre esta matéria. Referimo-nos ao art. 695.<sup>o</sup>

Estabelece este a nulidade da convenção que profiba a alienação ou oneração dos bens hipotecados, mas admite que se convencie que o crédito hipotecário se vença logo que os bens sejam alienados ou onerados. Este preceito é o art. 1.<sup>o</sup>/3 do Anteprojecto de Vaz Serra (1).

Dissemos já que é a transposição directa do § 1136 do B.G.B., acrescentando-se numa segunda parte a admissão das cláusulas de vencimento imediato em caso de alienação ou oneração, cuja validade a doutrina germânica dominante proclamava.

Porquê esta regra? Seguramente porque se pressupõe que o credor hipotecário em nada é prejudicado com a alienação ou oneração; estas não lhe são oponíveis. Como tal não há que sacrificar demasiadamente o hipotecador, que nesta relação surge normalmente como a parte mais fraca. Porém, se

---

(1) *Hipoteca*, no *Bol. Min. Just.*, n.<sup>o</sup> 62, 203.

o credor hipotecário tem interesse em assegurar a permanência da titularidade dos bens ou a manutenção dos bens não onerados, pode fazer acautelar esse seu interesse através da previsão do vencimento antecipado da obrigação.

Podemos pois dar sem hesitação por assente que a liberalidade do art. 695.º só se explica porque se partiu do princípio da caducidade dos ónus em caso de execução.

E o que é abrangido pela referência a *onerações*?

Dado o carácter fulcral desta expressão, poderíamos esperar encontrar largas considerações sobre o tema na doutrina. Mas não é assim, e aliás não o é, nem em Portugal, nem na Alemanha. Os autores passam por este conceito como se ele fosse já conhecido, e não esclarecem devidamente o seu conteúdo.

Não esclarecem nomeadamente se o arrendamento deve ou não ser considerado uma oneração.

Baldadamente faremos recurso aos preceitos mais gerais para lograr uma resposta a esta pergunta.

É certo que o art. 1024.º dispõe que a locação constitui, para o locador, um acto de administração ordinária.

Mas, para além da restrição — para o locador — este artigo não tem tanta importância como pode parecer, para permitir contrapor oneração a administração.

O preceito ocupa-se apenas com o problema da legitimidade para a celebração de contratos locatícios.

O seu pressuposto é o de que a situação normal dos bens, caso não sejam usados ou explorados directamente pelo proprietário, é o arrendamento. E este pressuposto é inteiramente correcto, até por imposição da função social. Nada haverá que estranhar se o administrador de bens devolutos os der de administração.

Mas é problema totalmente diferente o de saber se, desse acto de administração ordinária, deriva ou não um direito real; ou, se preferirmos, se o arrendamento traz ou não uma oneração.

Aqui a resposta depende já de pressupostos muito diversos. A busca do regime desse acto de administração ordinária,

quando praticado pelo depositário dos bens penhorados, é elucidativa neste sentido.

Temos de interrogar directamente o art. 695.º, perguntando, à luz dos interesses que tutela, se o arrendamento implica ou não uma oneração dos bens.

Devemos ter presente o que se acentuou atrás no que respeita à desvalorização dos bens que o arrendamento implica.

Uma hipoteca constituída sobre um prédio livre, que garantia folgadoamente uma dívida, pode tornar-se insuficiente se esse prédio for arrendado.

Uma matéria a que a lei quis outorgar tanta certeza — a do crédito imobiliário — ver-se-ia imersa numa situação de incerteza, pois nunca se saberia ao certo quando um prédio daria cobertura adequada a uma dívida.

E não adianta dizer que o credor hipotecário poderia pedir nesse caso o reforço da garantia ou o vencimento antecipado da dívida. Pode não haver bens para esse reforço, e pode o vencimento antecipado da dívida outorgar apenas cobertura parcial do crédito, por ser insuficiente já o valor do bem arrendado.

Por outro lado, não é só o credor hipotecário quem fica prejudicado com esta situação.

É antes de mais o devedor, pois os mutuantes exigirão necessariamente bens muito mais vultuosos para a cobertura das suas operações a fim de se porem a salvo de todas as eventualidades.

Quer dizer, uma má solução dada a este problema tornaria o crédito hipotecário incerto para todos e muito mais oneroso para o devedor. A eventual vantagem que alguns, com duvidosa justificação, lograssem com um arrendamento que se tornaria invulnerável pelo credor, haveria de ser paga amargamente por todos.

Podemos tirar daqui uma conclusão, para já: economicamente, o arrendamento dos bens é sem dúvida uma oneração, é um peso ou gravame que nada distingue dos restantes que foram considerados no art. 695.º

E no ponto de vista jurídico?

Agora, temos de perguntar: se o arrendamento não está previsto no art. 695.<sup>o</sup>, onde está previsto então?

Não está previsto em lugar nenhum. Afora este preceito (e o art. 824.<sup>o</sup>/2, cujo exame será realizado a seguir) nada, na nossa ordem jurídica, contempla uma situação desta importância.

Ora, não podemos presumir que o legislador tenha sido insensível a uma situação de ocorrência comum.

Não podemos supor uma discrepância entre os conceitos jurídicos e as considerações económico-sociais a que correspondem, e que fundam aliás o elemento teleológico da interpretação.

Dentro das duas vias possíveis — a de considerar e a de não considerar que o arrendamento está incluído na previsão da oneração do art. 695.<sup>o</sup> — é a primeira que satisfaz a *ratio* do preceito. E isto basta, na ausência de motivos em contrário, para aceitarmos a sua inclusão.

Repetimos que não nos fundamos em razões conceituais. Não nos baseamos em o arrendamento ser ou não uma oneração, dogmaticamente tomada. Isso verificaremos depois. Por agora, limitamo-nos à teleologia do art. 695.<sup>o</sup>

Mas a inversa também é verdadeira. Seria inadmissível o argumento que neste ponto se quisesse opor, fundado em razões conceituais contrárias: as de que o arrendamento é mero direito de crédito e portanto não pode representar uma oneração. Não são essas as considerações que neste momento relevam.

O que concluímos, então?

Que a referência às onerações do art. 695.<sup>o</sup> não pode deixar de incluir a oneração, hoje em dia relevantíssima, resultante de um arrendamento dos bens hipotecados.

Essas onerações são válidas: taxativamente o estabelece o art. 695.<sup>o</sup>, e nem negocialmente o credor as pode impedir.

Mas só são válidas, como todas e quaisquer outras onerações, porque se pressupõe que elas caducam em caso de oneração dos bens.

O art. 695.<sup>o</sup> tem assim como natural complemento o art. 824.<sup>o</sup>/2. As onerações que são admitidas são aquelas

que, nos termos do art. 824.<sup>o</sup>/2, caducam no caso de venda judicial dos bens.

O passo seguinte da nossa análise tem de ser assim o de comprovar se, entre os «direitos reais» que caducam nos termos do art. 824.<sup>o</sup>/2, se encontra ou não o direito de arrendamento.

9. *O arrendamento como «direito real» nos termos do art. 824.<sup>o</sup>/2.*

Regressamos pois, no termo desta análise, ao mesmo art. 824.<sup>o</sup>/2, cujos precedentes legislativos conhecemos bem. Não retomaremos todavia a interpretação daqueles pontos que atrás deixámos fixados já. Interessa agora só fixar definitivamente o âmbito da previsão «direitos reais que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo».

Este preceito segue estreitamente o art. 23.<sup>o</sup>/3 do Anteprojecto de Vaz Serra (1). Não encontramos porém, entre os comentários que o ilustre mestre dedica a esta matéria, referência expressa ao problema do arrendamento.

Todavia, cremos que não se pode deixar de concluir que este preceito igualmente o abrange.

No direito anterior havia disposição específica sobre a sorte do arrendamento em caso de venda judicial. Dava-a o Dec. n.<sup>o</sup> 5411, que nos forneceu o ponto de partida.

Assim acontecia também no Direito Alemão, como vimos. Para além da disposição que serviu de modelo ao art. 824.<sup>o</sup>/2, há preceitos especiais em matéria de arrendamento que regulam o seu destino no caso de o prédio ser alienado em execução coactiva.

Mas no direito português, como vimos também, não encontramos nenhuma disposição relativa ao arrendamento

---

(1) *Bol. Min. Just.* n.<sup>o</sup> 62, 199. O autor enuncia o problema como sendo o dos actos jurídicos, com os quais o valor dos bens hipotecados seja afectado (pág. 206).

que possa ser entendida como portadora da disciplina desta matéria.

Tão gritante omissão só pode ter o sentido de manifestar que a lei considera que o art. 824.<sup>o</sup>/2 traz a disciplina suficiente também para o direito de arrendamento.

Cabe agora tirar partido das conclusões a que chegámos a propósito da penhora e das onerações da hipoteca.

A lei admite que os bens penhorados sejam arrendados, facilitando o tráfego jurídico — mas só o admite porque o arrendamento caduca em caso de venda judicial.

A lei admite que os bens hipotecados sejam arrendados, permitindo que o hipotecador deles tire partido — mas só admite porque o arrendamento caduca em caso de venda judicial. A isso leva a teleologia do preceito, que ficaria frustrada se o arrendamento não ficasse compreendido entre as onerações que se prevêem.

O art. 824.<sup>o</sup>/2 é a chave de volta de todo este sistema. Com a sua referência dos direitos reais quer abranger aquelas mesmas onerações que atingem a posição real adquirida pelo credor hipotecário.

A lei fala em *direitos reais*. Repetimos que nos não interessa agora a análise global da natureza do arrendamento. À luz do art. 824.<sup>o</sup>/2 apenas, ainda encontramos motivos para reforçar a nossa conclusão.

Que direitos é que o art. 824.<sup>o</sup>/2 pretende fazer caducar?

Não são os comuns direitos de crédito. É evidente. Os comuns direitos de crédito, mesmo que dirigidos ao gozo da coisa, chocariam com o direito real adquirido através de venda judicial. No conflito entre o direito real e o direito de crédito, dá-se a prevalência do direito real, nos termos gerais (1). Uma previsão especial, como a do art. 824.<sup>o</sup>/2 seria, para este efeito, inútil.

É aliás bem fácil de entender que a lei não falaria em direitos reais se quisesse designar os comuns direitos de crédito... Que direitos se referem então aqui? São, necessaria-

---

(1) Cfr. os nossos *Direitos Reais*, Apêndice I, n.º 282 e segs.

mente, direitos que seguem a coisa, de maneira a serem oponíveis ao adquirente dos bens. São necessariamente direitos *inerentes*. Sejam ou não direitos reais, só os direitos inerentes são oponíveis ao adquirente dos bens em processo executivo.

Ora o arrendamento é um direito inerente, e isto sempre abstraindo da sua qualificação como direito real. Pois assim se traduz a sua característica de gravar quem quer que seja o titular do gozo do prédio. Se a lei quer que os bens passem livres dos direitos que os onerem, assegurando assim o valor dos bens em processo executivo, seria incompreensível que deixasse subsistir o arrendamento.

Temos portanto que o art. 824.<sup>o</sup>/2 se refere aos direitos inerentes, e entre esses se conta o arrendamento. Seja ou não direito real, é um direito inerente. Aliás, mesmo na qualificação como inerente não nos interessa senão a mera descrição da realidade da oponibilidade tendencial ao novo adquirente. O art. 1057.<sup>o</sup> do Código Civil tornou o arrendamento num direito inerente, seja qual for a precisa estrutura jurídica do fenómeno que desenha. Em consequência, não pode deixar de ficar submetido ao art. 824.<sup>o</sup>/2.

Outra razão nos confirma neste sentido.

Como vimos, os restantes direitos reais, além dos de garantia, que o art. 824.<sup>o</sup>/2 refere, são divididos em duas classes: os sujeitos a registo, e os que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo.

Entre os sujeitos a registo conta-se o arrendamento, como tradicionalmente vem sendo entendido e o comprovámos já anteriormente.

Sendo assim, temos todas as razões para concluir que no segundo grupo, dos que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo, se contém o arrendamento. Se não repugna incluir este na primeira categoria de direitos reais, tão pouco repugna incluí-lo na segunda. O que seria estranho seria a variação do conceito, ao sabor de um elemento extrínseco como a sujeição a registo, que não é sequer elemento atributivo da sequência do direito.

Por todas estas razões, concluímos que o arrendamento está incluído na referência a direitos reais do art. 824.<sup>o</sup>/2.

que possa ser entendida como portadora da disciplina desta matéria.

Tão gritante omissão só pode ter o sentido de manifestar que a lei considera que o art. 824.<sup>o</sup>/2 traz a disciplina suficiente também para o direito de arrendamento.

Cabe agora tirar partido das conclusões a que chegámos a propósito da penhora e das onerações da hipoteca.

A lei admite que os bens penhorados sejam arrendados, facilitando o tráfego jurídico — mas só o admite porque o arrendamento caduca em caso de venda judicial.

A lei admite que os bens hipotecados sejam arrendados, permitindo que o hipotecador deles tire partido — mas só admite porque o arrendamento caduca em caso de venda judicial. A isso leva a teleologia do preceito, que ficaria frustrada se o arrendamento não ficasse compreendido entre as onerações que se prevêem.

O art. 824.<sup>o</sup>/2 é a chave de volta de todo este sistema. Com a sua referência dos direitos reais quer abranger aquelas mesmas onerações que atingem a posição real adquirida pelo credor hipotecário.

A lei fala em *direitos reais*. Repetimos que nos não interessa agora a análise global da natureza do arrendamento. À luz do art. 824.<sup>o</sup>/2 apenas, ainda encontramos motivos para reforçar a nossa conclusão.

Que direitos é que o art. 824.<sup>o</sup>/2 pretende fazer caducar?

Não são os comuns direitos de crédito. É evidente. Os comuns direitos de crédito, mesmo que dirigidos ao gozo da coisa, chocariam com o direito real adquirido através de venda judicial. No conflito entre o direito real e o direito de crédito, dá-se a prevalência do direito real, nos termos gerais (1). Uma previsão especial, como a do art. 824.<sup>o</sup>/2 seria, para este efeito, inútil.

É aliás bem fácil de entender que a lei não falaria em direitos reais se quisesse designar os comuns direitos de crédito... Que direitos se referem então aqui? São, necessaria-

---

(1) Cfr. os nossos *Direitos Reais*, Apêndice I, n.º 282 e segs.

mente, direitos que seguem a coisa, de maneira a serem oponíveis ao adquirente dos bens. São necessariamente direitos *inerentes*. Sejam ou não direitos reais, só os direitos inerentes são oponíveis ao adquirente dos bens em processo executivo.

Ora o arrendamento é um direito inerente, e isto sempre abstraindo da sua qualificação como direito real. Pois assim se traduz a sua característica de gravar quem quer que seja o titular do gozo do prédio. Se a lei quer que os bens passem livres dos direitos que os onerem, assegurando assim o valor dos bens em processo executivo, seria incompreensível que deixasse subsistir o arrendamento.

Temos portanto que o art. 824.<sup>o</sup>/2 se refere aos direitos inerentes, e entre esses se conta o arrendamento. Seja ou não direito real, é um direito inerente. Aliás, mesmo na qualificação como inerente não nos interessa senão a mera descrição da realidade da oponibilidade tendencial ao novo adquirente. O art. 1057.<sup>o</sup> do Código Civil tornou o arrendamento num direito inerente, seja qual for a precisa estrutura jurídica do fenómeno que desenha. Em consequência, não pode deixar de ficar submetido ao art. 824.<sup>o</sup>/2.

Outra razão nos confirma neste sentido.

Como vimos, os restantes direitos reais, além dos de garantia, que o art. 824.<sup>o</sup>/2 refere, são divididos em duas classes: os sujeitos a registo, e os que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo.

Entre os sujeitos a registo conta-se o arrendamento, como tradicionalmente vem sendo entendido e o comprovámos já anteriormente.

Sendo assim, temos todas as razões para concluir que no segundo grupo, dos que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo, se contém o arrendamento. Se não repugna incluir este na primeira categoria de direitos reais, tão-pouco repugna incluí-lo na segunda. O que seria estranho seria a variação do conceito, ao sabor de um elemento extrínseco como a sujeição a registo, que não é sequer elemento atributivo da sequência do direito.

Por todas estas razões, concluímos que o arrendamento está incluído na referência a direitos reais do art. 824.<sup>o</sup>/2.

Está, quer quando sujeito a registo quer nos restantes casos. Só assim se satisfaz a teleologia do preceito.

Portanto, respondendo à primeira pergunta que formulámos, somos de parecer que o arrendamento de prédio hipotecado, constituído depois de registada a garantia, caduca nos termos do art. 824.º/2 do Código Civil e (no caso dos arrendamentos sujeitos a registo) do art. 907.º do Código de Processo Civil.

Esta conclusão é aplicável a qualquer tipo de arrendamento, pois nos baseámos em disposições gerais da locação. Nunca nos valem de qualquer disposição específica do arrendamento rural, mercantil ou qualquer outro.

#### 10. *O problema da natureza do direito de arrendamento*

Terminámos a primeira parte da análise. Concluimos que o arrendamento se inclui entre os direitos reais não sujeitos a registo mencionados no art. 824.º/2. E para isso, fiéis ao nosso plano, abstraímos de qualquer posição prévia sobre o conceito de direito real e a inclusão neste do direito de arrendamento.

Mas não queremos deixar nenhuma dúvida de que esta posição está inteiramente em conformidade com a que resultaria do conceito geral de direito real. Sob este ponto de vista, o art. 824.º/2 não traz nenhuma excepção, traz pelo contrário uma aplicação desse conceito geral. Inteiramente desejável, aliás, sob o ponto de vista prático.

Vamos entrar por isso na análise da natureza jurídica do direito do arrendatário. Fá-la-emos com a possível brevidade, de modo a acentuar apenas os traços fundamentais.

Previamente, faremos porém uma observação. A grande dificuldade desta análise resulta de termos de dar uma resposta conceitual — direito real ou direito de crédito? — quando historicamente a evolução é paulatina. O ponto de partida histórico é-nos dado por uma figura de arrendamento em que a dependência do arrendatário é grande em relação à posição do senhorio. O ponto de chegada é-nos dado pela

autonomia da posição do arrendatário em relação à do senhorio. No início o arrendamento é direito de crédito, no final será direito real.

Em que ponto da evolução nos encontramos, porém? Em que ponto a variação quantitativa se torna qualitativa? A diversidade de posições na doutrina e na jurisprudência traduz esta dificuldade de seccionar em termos absolutos uma evolução contínua.

Mas isto é assim num ponto de vista metajurídico. Em termos de análise científica, o conceito não tem excepções: ou é direito real, ou é direito de crédito. Vamos procurar pois afrontar todas as dificuldades para tomar uma posição.

Basta-nos dizer que o arrendamento é direito real pelo menos desde que o Código Civil de 1966 se substituiu ao sistema que resultava do Código de Seabra, que consagrava a subsistência do arrendamento em caso de venda em processo executivo. É apenas o que releva para a nossa análise.

Não nos interessam muito as tomadas de posição conceituais do legislador. À lei compete dispor, e não conceituar. Quando ultrapassa a sua função normal e faz qualificações, essas não são vinculativas, uma vez que estão sempre condicionadas aos regimes ditados pelo próprio legislador. Pois bem pode acontecer, e frequentemente acontece, que o legislador se engane sobre a sua própria obra, e faça qualificações erradas quanto ao que determinou. Mas nesse campo ele não pode mais que o intérprete; cabe a este sacrificar a qualificação errada ao regime efectivamente estabelecido.

Se bem que não haja uma qualificação geral das situações, o Código Civil deixa traduzir uma preferência pela qualificação como direito de crédito. O arrendamento não consta da lista dos direitos regulados no Direito das Coisas; a inclusão pura e simples da locação entre os contratos é outro elemento neste sentido.

Com a reforma de 1977, foi-se ainda mais longe. O art. 1682.º-A/1 e 2 qualifica o arrendamento como direito pessoal de gozo. A qualificação é ociosa, pois o regime aí estatuído é exactamente o mesmo dos direitos reais de gozo.

De todo o modo, há que proceder à análise da correcção desta qualificação.

No tocante à jurisprudência, está dividida quanto à qualificação do arrendamento (1). Os vários arestos reportados não se ocupam geralmente de pontos nucleares do regime, que seriam decisivos depois para a revelação da natureza do arrendamento.

No que respeita à doutrina, a mesma divisão se mantém, com prevalência embora da qualificação como direito de crédito.

Há porém que anotar uma corrente revestida de grande autoridade, constituída por docentes da Faculdade de Direito de Lisboa, onde é dominante, e que persistentemente tem sustentado o carácter real do direito de arrendamento.

Podemos apontar como os seus nomes mais significativos Paulo Cunha (2), L. Pinto Coelho (3) e Dias Marques (4). Teve recentemente um eloquente defensor em Menezes Cordeiro (5).

Logo em 1962 aderimos a esta corrente, em *As Relações Jurídicas Reais* (6). A evolução posterior só nos tem confirmado neste ponto de vista, como expressámos nos nossos *Direitos Reais* (7). E vamos dizer porquê.

(1) Sendo todavia mais numerosos na jurisprudência do S.T.J. os acórdãos que o qualificam como um direito pessoal, em geral sem demonstração. Veja-se por exemplo o Ac. de 21-XII-82, B.M.J. 322, 342.

(2) *Direitos Reais* (Lições publicadas por Maria Fernanda Santos e Castro Mendes), Lisboa, 1949/50, n.º 77. O autor considera porém que a tutela real é exercida «num desvio pouco ortodoxo», pelos meios possessórios. Como o arrendatário defenderia apenas a sua posse, não teria possibilidade de decair. Vimos noutro lugar, porém, que não é assim.

(3) *Direitos Reais* (Lições), Lisboa, 1954, n.º 38.

(4) *Prescrição Aquisitiva*, I, Lisboa, 1960, n.º 40, tirando daí a consequência da usucapibilidade do direito de arrendamento.

(5) *Da Natureza do Direito do Locatário*, Lisboa, 1980.

(6) *As Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, n.º 96.

(7) 4.ª ed., Coimbra, 1983, n.º 234.

II. *Gozo do arrendatário e prestação do senhorio*

O arrendamento confere ao titular o gozo da coisa. Este gozo é um poder autónomo, e não uma mera contrapartida do dever de proporcionar o gozo por parte do senhorio.

De facto, já Thon (1) observa que, a entender-se esta obrigação como uma obrigação positiva, nenhum homem consciencioso arrendaria as suas coisas, pois não poderia momento por momento prestar. Na verdade, é inimaginável que uma prestação positiva possa ser permanente.

Giorgianni submeteu este ponto de vista a uma crítica exaustiva (2). As várias obrigações do senhorio são meramente eventuais; e obrigações também vinculam o proprietário serviente, sem com isso influir na estrutura da relação. E tão-pouco se pode dizer que o proprietário não dá o gozo mas que o permite apenas, transitando-se assim para a concepção da obrigação como negativa. Porque deixaria de haver correspondência entre a obrigação do locador e o direito do locatário, indispensável para que se diga que este goza através da prestação do primeiro.

Deste argumento, que cremos sem réplica, resulta que o locatário tem um direito de gozo autónomo sobre a coisa, que não é a contrapartida da obrigação do senhorio.

Isto, porém, pode bastar a Giorgianni, dentro da sua teoria dos direitos de gozo sobre a coisa alheia; mas a nós não basta.

Porque os direitos reais não são direitos de gozo. Certas posições tentam periodicamente reabilitar esta orientação, como fez Chauveau, mas quanto a nós sem êxito (3). Ora o nosso objectivo são os Direitos Reais, não os direitos de gozo.

A observação não parecerá tão relevante a Menezes Cordeiro que, apesar dos seus protestos, dificilmente escapará à

---

(1) *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. it.), Pádua, 1939, 311.

(2) *Contributo alla teoria dei diritti reali di godimento su cosa altrui*, Milão, 1910, III e segs.

(3) Cfr. os nossos *Direitos Reais* cit., Apêndice I.

crítica de que não distingue direito real e poder de facto (1). Mas para nós é decisiva. Ainda que se demonstre que o arrendamento não é um mero crédito, não se demonstrou que o arrendamento é um direito real. Ora, é esta segunda demonstração que nos interessa.

Procuramos pois noutra sede os traços decisivos para a determinação da natureza jurídica do arrendamento.

## 12. *Critérios irrelevantes*

Muitos dos argumentos que têm sido expendidos para contestar a natureza real do direito do arrendamento não têm nenhuma solidez.

Vamos enunciar três:

I — Para alguns a transitoriedade representa um óbice à natureza real do direito. Assim acontecerá no arrendamento rural, mas outros tipos de arrendamento vão-se tornando tendencialmente pertétuos.

Em qualquer caso, do facto nada se poderia extrair quanto à natureza deste direito. A permanência não pode ser considerada característica dos direitos reais (2). O que interessa é

(1) Cfr. os *Direitos Reais* deste autor, vol. I, Lisboa, 1979, n.º 119. Em sentido muito semelhante vai Derrupé, *La nature juridique du droit du preneur à bail ...*, Paris, 1952, n.º 254, que se baseia na natureza do objecto dos poderes para distinguir, consoante este seja uma coisa ou uma pessoa, os direitos reais e os créditos; no primeiro caso haveria o poder de retirar de uma coisa certas utilidades, no segundo o poder de de exigir de uma pessoa certos serviços. Observámos porém nos nossos *Reais*, n.º 26, que «só se pode afirmar que a coisa que entra na estrutura do direito é ou não o objecto deste atendendo aos poderes que ao sujeito são outorgados em relação a ela. Atendendo portanto ao conteúdo do direito. O critério de distinção entre direitos subjectivos tem de assentar antes de mais no conteúdo dos direitos. A conclusão sobre o objecto é já uma consequência da análise do conteúdos».

(2) Sobre esta matéria, cfr. Derrupé, *Nature juridique*; Menezes Cordeiro, *Direito do Locatário*; e os nossos *Reais*, Apêndice I, n.º 277.

que a coisa esteja gravada em termos reais, sendo indiferente que isso aconteça por um ano, nove anos ou indefinidamente.

II — Dir-se-á ainda que o arrendamento não pode ser um verdadeiro direito real, visto a sua subsistência estar condicionada, em certos limites, por considerações pessoais. De facto, a transmissão do direito ao arrendamento só se poderá operar a favor de pessoas determinadas, nos termos do art. IIII.º e da legislação complementar.

Mas o argumento nada prova. Basta pensar que não há direitos mais dependentes da pessoa do seu titular que os direitos de uso e habitação, sem que isso em nada impeça a natureza real destes.

III — A doutrina impressiona-se sobretudo com a existência de pretensos *vínculos obrigacionais*.

Semelhantes vínculos seriam de duas ordens:

a) A obrigação de pagamento da renda.

Não nos parece que esta obrigação seja qualquer coisa de anómalo. Ela integra-se na grande categoria de que fazem parte o censo e o cânon superficiário (1). Trata-se dum ónus real na titularidade do senhorio, que grava o direito real de arrendamento, e se rege pelas regras comuns a todos os ónus reais. Reproduz-se aqui, *mutatis mutandis*, o que encontramos no direito de superfície.

b) As numerosas obrigações do arrendatário perante o senhorio.

Com igual justificação se deveriam referir as obrigações do senhorio perante o arrendatário. Mas também aqui nada encontramos que se não enquadre na teoria geral. Temos, afinal de contas, puras relações jurídicas *ob rem*, relações jurídicas reais predispostas por lei para solucionar os conflitos de direitos reais, como em todos os casos de conflitos de sobreposição.

---

(1) Tal como, anteriormente, ainda o foro enfiteutico e a demórdia na colónia.

Que o locatário não está dependente do locador resulta também do art. 1037.º/1. O locador deve abster-se de intromissões no gozo da coisa, «mas não tem obrigação de assegurar esse gozo contra actos de terceiros». Como ninguém entende que o locatário tenha de ficar inerte perante essas intromissões, a conclusão é a de que ao locatário resta a possibilidade de exercer directamente a defesa possessória.

Mas é só isto que o art. 1037.º/1 lhe atribui? Afirmam-no Pires de Lima — Antunes Varela (1).

Este art. 1037.º/1, provém do Anteprojecto de Galvão Telles, art. 24.º/§ 1.º (2) — o que é curioso, dada a posição do autor, porque o preceito se afasta da orientação própria dos países em que se atribui ao arrendamento natureza creditícia. Não nos é dada justificação para a solução encontrada.

Com efeito, em países estrangeiros recusa-se em geral ao arrendatário uma defesa autónoma contra actos de terceiro.

Assim, em França, não se admite que o arrendatário aja sozinho em juízo contra terceiros que se arrogam direitos sobre a coisa. Considera-se que só o proprietário está em condições de se defender devidamente (3).

Parece que estas preocupações são muito facilmente satisfeitas desde que a decisão na acção contra o arrendatário não faça caso julgado contra o concedente.

E igualmente, não se vê razão para recusar ao arrendatário legitimidade para litigar como autor contra quaisquer terceiros que se arroguem direitos sobre a coisa, desde que da mesma forma o locador não fique vinculado pela decisão, se não intervier no processo.

---

(1) *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., *sub* art. 1037.º

(2) *Cfr. Bol. Min. Just.*, 83, 219.

(3) Assim Derrupé, *ob. cit.*, n.º 153, que não deixa de pôr em causa o bem fundado desta distinção entre arrendatário e usufrutuário; Jean-Pierre Le Gall, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, Paris, 1962, n.º 97. O objectivo deste último é o de verificar até que ponto se pode dizer que o locador garante o gozo do locatário. As suas conclusões são essencialmente negativas.

De todo o modo, no direito português, é impossível supor que o art. 1037.º/1 só tenha relevância em matéria de posse (1).

Se o locador não tem obrigação de assegurar o gozo contra actos de terceiros, também não tem obrigação de agir judicialmente; e o arrendatário não deve ficar sujeito a uma defesa displicente que este eventualmente realize.

A posse é um direito relativo perante a nossa lei. Só é oponível ao esbulhador e àquele que estiver na posse da coisa e tiver conhecimento do esbulho. Por isso a posse não é na nossa ordem jurídica um direito real (2).

Imaginemos que o esbulhador transferiu a coisa locada a terceiro de boa fé. Se o locatário apenas tivesse a defesa possessória, ficaria inerte perante este titular.

E, como o locador não é obrigado a defendê-lo, não teria nenhum meio de retomar o exercício do seu direito. Salta aos olhos que a precaridade desta situação, tão propícia por outro lado a conclusões com o senhorio, não pode ter sido querida por lei.

Da mesma forma, vamos supor que o arrendatário deixa passar um ano desde a turbação ou o esbulho. As acções possessórias caducam, nos termos do art. 1282.º do Código Civil. O locador continua a não ser obrigado a vir em seu auxílio. Se o locatário só puder opor aos terceiros a posse, o seu direito sobre a coisa locada ficou definitivamente esvaziado, por impossibilidade de exercício.

Também aqui, parece a todas as luzes que a mesma lei, que tanto tem pretendido dar estabilidade à situação do arrendatário, não pode querer sujeitá-lo a tanta vulnerabilidade perante terceiros.

Quando o art. 1037.º/1 declara que o locador não tem obrigação de assegurar o gozo do locatário contra terceiros, afirma implicitamente que o locatário se pode defender directamente.

---

(1) Assim, certamente, Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 47.

(2) Cfr. os nossos *Direitos Reais* cit. n.º 62.

Não sendo claramente suficiente a defesa possessória, ao locatário tem de caber também a defesa definitiva ou petitória.

O locatário pode invocar directamente o seu direito contra quem quer que se arrogue direitos sobre a coisa — nomeadamente contra quem pretenda ser proprietário dela, em contestação ao locador.

O locatário deve nesse caso, nos termos do art. 1038.º, avisar imediatamente o locador.

Pode, nos termos do art. 1050.º/a, resolver o contrato, independentemente de responsabilidade do locador.

Mas pode sobretudo, nos termos do art. 1037.º/1, defender directamente o seu direito, provando-o e reivindicando a entrega da coisa a quem a detiver (1).

Então, temos ulteriormente comprovado que o direito do locatário é um direito absoluto, que pode ser oposto directamente a terceiros.

Esta possibilidade de defesa directa marca assim o ponto decisivo de diferenciação. Não adianta já falar em transferência *ex lege* da posição contratual, pois uma transferência injuntiva de direitos creditícios nunca poderá explicar a defesa directa contra terceiros por parte do titular do direito de gozo. O verbalismo aqui já não adianta nada. Um direito com oponibilidade *erga omnes* só pode ser um direito real.

Eis porque dizíamos que só temos reforçada a nossa convicção de que o direito de arrendamento é um direito real. Tem todas as características dos direitos de gozo — a inerência, a oponibilidade *erga omnes*, a susceptibilidade de reivindicação, etc.

Se pudéssemos demorar-nos mais levaríamos ainda a nossa análise a outros sectores, nomeadamente a susceptibilidade da extinção por não uso (2), para comprovar o alinhamento do estatuto pelo dos direitos reais de gozo. Mas isso levar-nos-ia a afastar demasiadamente. O que dissemos é já o bastante para

---

(1) Trata-se de verdadeira reivindicação, como acentua Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, n.º 47.

(2) Ou a usucapibilidade, que Mota Pinto, *Direitos Reais*, (lições publicadas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra 1975, n.ºs 58 e 59) propunha a aceitar.

que possamos concluir que também em tese geral o arrendamento é um direito real.

Portanto, a integração do arrendamento na previsão do art. 824.º/2 não representa nenhum abuso da categoria *direito real*. É, muito pelo contrário, uma confirmação, num sector mais, de que o arrendamento foi assumido pela nossa ordem jurídica como um direito real de gozo.

### 15. *Arrendamento e ideologia*

Não queremos deixar este tema da natureza jurídica do arrendamento sem uma observação de bom senso.

Temos frequentemente a intuição de que nesta matéria da natureza jurídica do arrendamento os autores são norteados por preocupações que estão muito longe de ser em primeira linha científicas.

Os autores são impressionados pelo crescente reforço da posição do arrendatário. Receiam por isso que a atribuição de natureza real lhe venha dar ainda maior solidez, o que para eles seria indesejável.

Qualquer que seja porém a orientação a tomar, num ponto de vista de Política Legislativa, o certo é que em sede dogmática não vale o que se deseja, mas o que é. Interessa o que o arrendamento é de facto na ordem jurídica portuguesa, independentemente daquilo que preferiríamos que ele fosse.

Para além disso, os autores nem sempre se apercebem de que as grandes categorias dogmáticas estão muitas vezes mais ligadas à técnica que à substância económico-social. Pelo menos no que respeita ao arrendamento tivemos oportunidade de ver que o elemento decisivo para a qualificação deste residia no reconhecimento ou não da autonomia do arrendatário na defesa contra intromissões de terceiros. Não é esta autonomia, que quanto a nós decorre imperativamente da lei, que altera de qualquer modo a balança dos poderes entre senhorio e arrendatário.

Creemos por isso ser deslocada a preocupação ideológica que supomos que tem estado latente nesta disputa sobre a natureza jurídica do arrendamento.

Aliás, não se segue que do reconhecimento da natureza real derivem só vantagens para o arrendatário. No próprio caso que nos levou a esta análise — a subsistência do arrendamento em caso de execução do prédio hipotecado — a natureza real do direito implicava a aplicação directa de preceitos que trazem a caducidade do arrendamento. Se, pelo contrário, o arrendamento fosse considerado direito de crédito, já essa aplicação dependeria de maiores demonstrações.

#### 16. *A investidura do arrendatário na posse*

Há ainda outro aspecto do maior relevo, relacionado com o estatuto do arrendatário, que nos parece importante focar. Vamos introduzir uma consideração nova, mas em que há muito tempo meditamos e nos parece indispensável para o equilíbrio da situação.

Vamos supor que um arrendamento é pactuado, mas que o beneficiário não entrou na posse da coisa — por exemplo, porque o concedente se recusa afinal a entregar-lhe o prédio.

Ou vamos supor mesmo que alguém pactue mais de um arrendamento sobre o mesmo prédio com pessoas diferentes. Qual delas é afinal o titular do direito?

Ainda outra pergunta: o beneficiário de um contrato de arrendamento, para obter a posse, pode intentar uma acção de posse ou entrega judicial?

Começemos por este último aspecto.

A posse ou entrega judicial, antigamente chamada posse judicial avulsa, é um instituto cujo entendimento é controvertido.

Para uns, o autor pede a entrega da coisa porque é proprietário, ou mais vastamente, titular do direito definitivo; para outros, pede-a porque é possuidor.

Sempre defendemos a última posição<sup>(1)</sup>. Esta acção pressupõe um facto translativo da propriedade, mas esse facto translativo interessa apenas como demonstrativo da

---

(1) *Direitos Reais* cit., n.º 57.

aquisição da posse por constituto possessório. A posse ou entrega judicial é pois a acção pela qual o adquirente de um direito real, que recebeu a posse por constituto possessório, reclama a entrega da coisa que nunca estivera em seu poder.

Supondo então que é correcta a posição adoptada quanto à natureza real do direito de arrendamento, devemos concluir que o beneficiário, para se assegurar a entrega da coisa, pode intentar uma acção de posse ou entrega judicial?

Entendemos que não.

O art. 1037.º/2 diz-nos que ao locatário, «que for privado da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos», cabe a protecção possessória.

Pressupõe portanto que o beneficiário chegou a ter a posse da coisa e que dela foi esbulhado, ou foi perturbado no exercício dos seus direitos. Não beneficia portanto quem nunca chegou a ter a posse da coisa.

Foi esta posição tomada, com base em preceito paralelo do Dec. n.º 5411, pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 1925 (1), e que consideramos de todo correcta.

Antes da entrega, o locatário não tem a posse. Há a mera obrigação do locador de entregar ao locatário a coisa locada (art. 1031.º/a). Essa obrigação, como verdadeira obrigação civil, pode ser judicialmente actuada; mas não há posse anterior, ao contrário do que aconteceria se com o contrato se constituísse logo um direito real. Faltando pois o «título translativo de propriedade» não há que admitir a posse ou entrega judicial.

Imaginemos então que na altura da conclusão do arren-

---

(1) Citado por Pinto Loureiro, *Tratado da Locação*, I, Coimbra, 1946, n.º 98, que aplaude esta posição. Cita ainda acórdão do S.T.J. de 6 de Março de 1928, que admitiu a posse judicial com fundamento no facto de o arrendatário ser um possuidor, em nome próprio, do direito de arrendamento. Supomos porém que neste caso se toma uma posição que é coerente com a qualificação do arrendamento como um direito real, mas não se atende ao carácter constitutivo da entrega no que respeita a esse mesmo direito. Veja-se ainda o vol. III, págs. 357-358.

damento, o prédio está em poder de um terceiro. O beneficiário pode dirigir-se contra ele e reclamar a entrega, com fundamento no arrendamento?

Larenz responde negativamente, «ainda que o terceiro possua sem direito»; o arrendatário só poderia dirigir-se contra o locador, para que este lhe proporcione a posse (1). Supomos que tem razão, ainda perante o direito português. O contrato de arrendamento por si não dá posse, dá uma mera pretensão à entrega que é de carácter creditício. O obrigado é o locador.

Aproximamo-nos assim da situação do Direito alemão, em que os poderes conferidos ao arrendatário sobre a coisa pressupõem a entrega desta (2).

Por outro lado, o que dissemos basta para concluir que o contrato de arrendamento não é também um contrato real quanto à constituição. Se os contratos reais são aqueles que só são válidos e produzem efeitos com a entrega da coisa, o contrato de arrendamento não cai neste número porque há efeitos que são de toda a maneira independentes da entrega da coisa. Logo que o contrato é celebrado o locador tem a obrigação de entregar a coisa. Portanto, o contrato já produz efeitos mesmo antes dessa entrega (3).

O problema é porém o de saber se o direito real está já constituído antes da entrega. Vejamos outros pontos eventualmente relevantes para uma solução.

17. *A entrega do prédio é constitutiva do direito real de arrendamento*

Vamos supor agora que, após a celebração do contrato, e sem ter realizado a entrega, o locador aliena o prédio. O adquirente é obrigado a respeitar o contrato?

(1) Ob. cit., § 48 IV.

(2) Cfr. Larenz, ob. cit., § 48 IV.

(3) Neste sentido Galvão Telles, *Das Contratos em Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1965, n.º 193.

Rege o art. 1057.º, como sabemos. O que este diz é que o adquirente «sucede nos direitos e obrigações do locador». Não implica isso que haja já direito real, oponível portanto em qualquer fase, mesmo antes da entrega efectiva da coisa?

Decerto que não. O art. 1057.º determina apenas que o adquirente sucede nos direitos e obrigações do locador. Independentemente do problema teórico que atrás ficou assinalado, temos que essa sucessão se dá quaisquer que sejam os direitos, e quaisquer que sejam as obrigações. Se forem direitos de gozo sobre uma coisa, o direito ganha a natureza de direito real; mas se forem meros créditos, o adquirente não recebe mais que direitos de crédito. O art. 1057.º não obsta portanto à qualificação do direito do beneficiário, antes da entrega, como mero direito de crédito.

Concluimos pois que o direito derivado do contrato é inicialmente um direito de crédito à entrega.

Isto é muito importante, para a hipótese da constituição de um direito real de garantia.

Vamos supor que, após o contrato, mas antes da entrega, o locador deu de hipoteca o prédio locado.

O arrendamento é oponível ao credor hipotecário?

Já verificámos que os direitos reais constituídos após o registo da hipoteca caducam com a venda judicial do prédio.

Como o direito de arrendamento só se constitui com a entrega da coisa, não existia na data do registo da hipoteca. Como tal, não é oponível ao credor hipotecário.

Razões práticas muito ponderosas contribuem também neste sentido.

De tal monta é o gravame derivado do arrendamento que, como devidamente acentuámos, o prédio tem um valor muito diferente se estiver livre e se estiver ocupado.

O credor que aceita um prédio livre em garantia do seu crédito ficaria frustrado se na altura da execução deparasse com a oneração de um arrendamento.

Como não há, nos casos normais, sujeição do arrendamento a registo, o credor tem de se fiar com a inspecção do estado dos lugares, verificando se há traços ou não de posse de um terceiro, que seria o arrendatário.

ao sistema. Dispõe que, se se constituírem, sobre a mesma coisa, mas a favor de pessoas diferentes, direitos pessoais de gozo incompatíveis entre si, prevalece o direito mais antigo em data, sem prejuízo das regras próprias do registo.

Pode-se concluir daqui que o arrendamento celebrado em primeiro lugar prevalece sobre os restantes?(1)

Isso seria como que meter o definido na definição; pois se partiria do princípio de que o arrendamento seria direito pessoal, e não direito real.

A demonstração que realizámos permite-nos repudiar esta colocação do problema.

Qual o critério a tomar, então?

Há que distinguir consoante houve já ou não entrega da coisa.

Se não houve entrega, tudo se integra na figura geral da incompatibilidade entre obrigações, mesmo que sejam de entrega. Não há então um «direito pessoal de gozo» que permita resolver o conflito pelo princípio *prior tempore potior iure*.

A partir da entrega, porém, o direito real de arrendamento está constituído, seja qual for o pretendente que o obteve. O conflito que subsistir é então um conflito entre um direito real e um direito de crédito. Este conflito resolve-se, nos termos gerais, pela preferência do direito real. Ao pretendente preterido só resta então dirigir-se contra o locador para reclamar e perdas e danos.

Em conclusão: o direito real de arrendamento tem como pressuposto da sua constituição a investidura do arrendatário. Não é de formação meramente consensual.

O facto nada tem de anómalo na teoria dos direitos reais. Cabe à lei, caso por caso, indicar quais os pressupostos da constituição de cada figura. Nada impede portanto que entre esses pressupostos esteja a investidura na posse. A preocupação de garantir o valor da aparência fáctica justifica bem a particular tomada de posição da lei neste sentido.

---

(1) É a posição expressa de Pereira Coelho, *Arrendamento* (lições), Coimbra, 1984, 19 — salvo se o arrendamento for registável, pois então prevalece o que foi primeiro registado.

## II

## A EXTENSÃO AO ALUGUER

19. *A natureza real do aluguer*

Suscitámos ainda o problema de saber em que termos as conclusões anteriores serão extensivas ao aluguer.

O interesse particular deste ponto alicerça-se no facto de a lei admitir em benefício de certas instituições de crédito um penhor sem desapossamento. A coisa empenhada pode continuar em poder do mutuário ou de terceiro. Estes ficam constituídos na situação de *fidel depositário*, nos termos do art. 9.º do Dec.-Lei n.º 693/70, de 31 de Dezembro.

Que aconteceria se então se constituir um aluguer sobre a coisa que tem em seu poder?

Em caso de venda judicial, esse aluguer será oponível ao exequente?

Abstraindo de sanções penais ou de consequências de outra ordem, limitamo-nos a verificar se há ainda que falar então de uma caducidade do aluguer.

O aluguer é a locação que incide sobre coisa móvel (art. 1023.º).

O Código Civil regulou vastamente em comum a locação, quer verse sobre móveis ou imóveis. Os arts. 1022.º e 1063.º são comuns; só a partir daí nos surgem disposições particulares do arrendamento. Não há secções específicas do aluguer.

Consequência do sistema foi o facto de o aluguer ter sido influenciado pelo regime do arrendamento. Quisesse-o ou não o legislador, foi sempre o arrendamento que se teve prevalentemente em vista.

Assim, verificamos que todos os preceitos fundamentais em que nos baseámos são aplicáveis quer à locação, quer ao arrendamento.

Nomeadamente, o art. 1037.º atribui em geral ao locatário a posse, bem como o poder de assegurar o seu gozo contra actos de terceiro, independentemente do locador.

Também o art. 1057.º determina com generalidade a transmissão da posição do locador, em caso de alienação da coisa. Não é possível sustentar que a lei pretendeu uma restrição ao arrendamento.

Esta generalização foi por nós assinalada da 1.ª edição dos nossos *Direitos Reais*. Dissemos: «Daí não se deve pretender tirar um argumento contra a natureza real do arrendamento; antes se deve perguntar se ao aluguer não foi também atribuída natureza real» (1).

Menezes Cordeiro deu a esta pergunta resposta categoricamente afirmativa (2). E pensamos de facto que nenhuma outra posição é defensável. O actual Código Civil afastou-se da tradição, transformando o aluguer em direito real.

Noutras ordens jurídicas está-se ainda a meio caminho. Assim, Larenz observa que quem recebe de aluguer pode opor ao adquirente de direitos reais sobre a coisa a sua posse, exceptuando assim a pretensão de restituição do proprietário; mas não lhe pode opor quaisquer outras pretensões derivadas do aluguer, pois o adquirente não está vinculado por este. Haveria pois uma relativa *Verdinglichung* (aquisição de carácter real) do direito do locatário (3). No Direito português, porém, este estádio está ultrapassado, por força do art. 1057.º

## 20. *Aplicabilidade ao aluguer do regime estabelecido para o arrendamento*

Nenhuma demonstração particular é necessária fazer sobre a natureza jurídica do aluguer, como direito real. Tudo o que dissemos a propósito do arrendamento se aplica aqui, sem ressalva de qualquer espécie. Não é o carácter móvel

---

(1) N.º 234/II.

(2) No *Direito do Locatário* cit., embora o autor possa ter sido influenciado pela sua contestável concepção do direito real.

(3) Ob. cit., § 48 IV.

do objecto que traz impedimento; o usufruto de coisas móveis, por exemplo, é admitido sem restrição pela lei como direito real.

Portanto, problemas de *publicidade* podem surgir, mas também surgem a propósito dos restantes direitos reais sobre móveis. Em todo o caso, observemos que a posição que adoptámos torna-se muito menos instante que nas outras hipóteses. Porque, como dissemos, o direito de arrendamento só se constitui com a entrega da coisa. O mesmo acontece com o direito real de aluguer (1). A entrega permite à situação uma publicidade que é suficiente nos casos normais. A posse do titular do aluguer permite aos terceiros precaverem-se quanto à eventualidade de subsistência de onerações do direito.

Em caso de execução, também se aplicam sem restrição os princípios que enunciámos para o arrendamento não sujeito a registo. Nos termos do art. 824.º/2, os bens são transmitidos livres dos direitos reais que produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo, se estes tiverem sido constituídos após o direito real de garantia. É o que se passa com o aluguer.

Imaginemos pois que uma instituição de crédito constituiu um penhor sem desapossamento. O devedor ou terceiros, que actuam como fiéis depositários, aproveitam-se da circunstância para constituir sobre a coisa um aluguer. Nem por isso a instituição fica vinculada. A coisa será vendida como livre, caducando o direito de aluguer por ser posterior à constituição do penhor.

#### IV

### CONCLUSÕES

Resta-nos indicar em síntese as conclusões a que fomos conduzidos no decorrer do nosso estudo.

---

(1) Nomeadamente, os arts. 1032.º e 1033.º, cujo significado accentuámos, são comuns ao arrendamento e ao aluguer.

## A — CADUCIDADE DO ARRENDAMENTO EM CASO DE VENDA JUDICIAL

1.º Até ao Dec. n.º 5411, de 17 de Abril de 1919, o arrendamento era especificamente declarado imune à venda dos bens em processo executivo.

2.º A legislação posterior recorreu às categorias gerais *onus reais* e *direitos reais*, nas quais incluiu os arrendamentos sujeitos a registo.

3.º No Código Civil de 1966 não há previsão específica referente à caducidade do arrendamento, e o art. 824.º/2 refere apenas os *direitos reais*, sujeitos ou não a registo; devem caducar os constituídos posteriormente a penhora, arresto ou garantia.

4.º Entre os direitos reais sujeitos a registo continua a incluir-se o arrendamento.

5.º No que respeita aos «direitos reais» não sujeitos a registo, que caducam, nem todos se transferem para o produto da venda dos respectivos bens.

6.º As disposições gerais sobre locação não resolvem o problema da caducidade dos arrendamentos não sujeitos a registo em caso de venda judicial dos bens.

7.º Os arrendamentos de bens penhorados feitos pelo depositário caducam em caso de venda judicial.

8.º O arrendamento de bens hipotecados cabe na permissão de *onerações* constante do art. 695.º do Código Civil — mas justamente porque se pressupõe a sua caducidade em processo executivo.

9.º Doutra maneira, trazer-se-ia a maior instabilidade ao crédito imobiliário (pela flutuação do valor dos bens) que se tornaria em consequência muito mais oneroso para o mutuário.

10.º A disposição correlativa do art. 824.º/2 não pode deixar de incluir o arrendamento entre os direitos reais não sujeitos a registo que caducam em caso de venda judicial.

11.º Isto resulta ainda da comparação com leis estrangeiras, e do carácter inerente do arrendamento, e sai reforçado pela consideração de que entre os direitos reais sujeitos a registo previstos no mesmo artigo está incluído o arrendamento.

## B — NATUREZA REAL DO ARRENDAMENTO

12.º Esta conclusão, fundada apenas na teleologia do preceito, tem ainda a explicá-la ser o arrendamento um verdadeiro direito real.

13.º O Código Civil de 1966, quaisquer que sejam as tomadas de posição conceituais da lei, corou uma evolução que transformou o arrendamento, de direito de crédito, em direito real.

14.º O gozo do arrendatário não é mera contrapartida de uma prestação do senhorio.

15.º Não são argumentos contra a natureza real do arrendamento a transitoriedade, a dependência da pessoa do titular ou a existência de vínculos obrigacionais.

16.º A «transmissão da posição contratual» cria no arrendamento uma posição em tudo idêntica à da inerência do direito real.

17.º E o locatário é autónomo na defesa contra terceiros, por força do art. 1037.º do Código Civil, não só no possessório como no petitário.

18.º A resistência ao reconhecimento do arrendamento como direito real funda-se no receio de reforçar ainda mais os poderes do arrendatário. Na realidade, o problema é técnico, e a solução pode ser até desfavorável ao arrendatário, como no caso de execução.

19.º O arrendatário não tem posse derivada do contrato, não podendo nomeadamente recorrer à posse ou entrega judicial: só recebe a posse com a entrega da coisa.

20.º O direito real de arrendamento só surge com esta entrega, o que tem a vantagem de criar uma situação de aparência, fundada na posse, que é muito benéfica para terceiros.

### C — EXTENSÃO AO ALUGUER

21.º O aluguer é hoje um direito real, pois são comuns a toda a locação os preceitos em que se funda a natureza real do direito de arrendamento.

22.º O regime da caducidade atrás delineado é aplicável sem restrição ao aluguer.

23.º A aparência, necessária à constituição do direito real de aluguer, dá a garantia possível ao credor em caso de penhor sem desapossamento.