

R E V I S T A

da FACULDADE
de DIREITO
da UNIVERSIDADE
de LISBOA



VOLUME . XXXVII
1 9 9 6

LEX

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XXXVII - N.º 2 - 1996

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA

- PROF. DOUTOR PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR DUARTE NOGUEIRA
- MESTRE RUI CARLOS PEREIRA
- MESTRA TERESA LUSO SOARES
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE JORGE BACELAR GOUVEIA

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1699 Lisboa Codex - PORTUGAL
Telefone 7977053/54; Telecópia 7950303

EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

LEX - Edições Jurídicas, Lda.
Av. de Berna, 31, R/c Esq.
1000 Lisboa
Telefone 7931585
Fax 7960747

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

I Doutrina

<i>Maria Angélica Gelli</i> — El Derecho a la Vida en el Constitucionalismo Argentino: Problemas y Cuestiones	363
<i>Soares Martínez</i> — Uma Interpretação de Francisco de Miranda, Aventureiro, Militar e Político	379
<i>Vitalino Canas</i> — Tribunal Constitucional: Órgão de Estratégia Legislativa?	393
<i>António Sequeira Ribeiro</i> — Sobre os Pactos de Jurisdição na Convenção de Bruxelas de 1968: Uma Breve Abordagem ao Art. 17º ..	407
<i>Carla Amado Gomes</i> — Pistas de Investigação para o Estudo do Controlo Jurisdicional das Operações Materiais da Administração .	453

II Trabalhos Legislativos

<i>Maria Fernanda Palma e Paulo Otero</i> — Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social	557
---	-----

III Vida da Faculdade

Jornadas de Direito Constitucional — Discursos. Discurso do Presidente da República. Discurso do Professor Jorge Miranda	595
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Parecer sobre o «Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino da Disciplina de Direito e Processo Civil (Arrendamento)	603
Doutoramento <i>Honoris Causa</i> de <i>Jorge Miranda</i>	609
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da Dissertação de Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) do Mestre Paulo Otero	615
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o Ensino Superior Particular e Cooperativo	625
Convénio com a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais	643
1º Curso de Pós-Graduação em Ciências Político-Administrativas — Programas	645
<i>Jorge Miranda</i> — Projecto de Regulamento de Avaliação dos Alunos	677

**PARECER SOBRE O
«RELATÓRIO SOBRE O PROGRAMA, O CONTEÚDO
E OS MÉTODOS DE ENSINO DA DISCIPLINA DE DIREITO
E PROCESSO CIVIL (ARRENDAMENTO)»**

APRESENTADO PELO DOUTOR MANUEL HENRIQUE MESQUITA
NO CONCURSO PARA PROFESSOR ASSOCIADO DA FACULDADE
DE DIREITO DE COIMBRA

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

1. O Relatório sobre que nos cumpre dar Parecer não recai realmente sobre a disciplina de «Direito e Processo Civil» do 5º ano, constante do título, mas sobre o Arrendamento, referido no sub-título. Este não é objecto de nenhuma disciplina do plano de estudos da licenciatura. Apenas, o arrendamento tem sempre figurado como parte da matéria da disciplina de «Direito e Processo Civil», desde que ela foi criada.

Não precisava o candidato de submeter o Relatório àquela etiqueta. Sobretudo tendo-se em conta a sua afirmação de que a «disciplina» a que a lei faz referência deve ser entendida como uma disciplina no sentido científico — portanto, não como disciplina curricular. Fazendo-o, pode incorrer na objecção de que não foram encarados os problemas da disciplina de «Direito e Processo Civil» como tal — e esta tem decerto problemas próprios.

Porém, a escolha do objecto real do Relatório — o ensino de uma disciplina de «Arrendamento» — não suscita nenhuma reticência. A importância do arrendamento não carece de demonstração; e o facto de a matéria ser duradouramente o objecto de uma disciplina de conteúdo não rígido (Direito e Processo Civil) dá justificação formal a todos os títulos suficientes para esta escolha.

2. A crítica à estrutura deste concurso em geral e à exigência de semelhantes relatórios em particular é, tanto quanto nos apercebemos, unânime nas Faculdades de Direito. Referimos noutra oportunidade o «trabalho ingrato de apresentar um parecer sem contraditório, num concurso sem utilidade em Faculdades de Direito e numa prova sem dignidade universitária»¹.

¹ Parecer sobre «Aspectos Metodológicos e Didácticos do Direito Processual Civil», publicado na «Rev. da Fac. Dir. da Univ. de Lisboa», XXXV (1994), 439.

Apenas para não nos tornarmos nós próprios repetitivos, omitimos neste lugar a justificação mais desenvolvida da nossa discordância.

Mas a prova está aí, como imposição legal. E enquanto estiver, haverá que enriquecer o seu conteúdo, de maneira a adequá-la ao que justifica a conquista de um lugar na carreira universitária.

Ao talento de cada candidato caberá encontrar o ponto de ataque científico da matéria, evitando a transmutação secundarizante da prova num exercício pedagógico, que não corresponderia ao primado da investigação que marca a Universidade.

O que implica que estes relatórios não possam deixar de ser problematizantes, e ultrapassem uma mera seriação de programas, conteúdos e métodos.

O presente relatório procede a uma abordagem, essencialmente por epígrafes, dos temas. O que dificilmente satisfaz estas exigências. Parece que se poderia esperar mais de um candidato que tão boa conta de si deu já em tantos trabalhos científicos e universitários precedentes.

3. Todavia, o candidato faz anteceder a exposição do «programa», do «conteúdo» e dos «métodos» de «Considerações Introdutórias».

Aí, indica o objecto do seu relatório e as razões da escolha, bem como assinala a importância da matéria. E logo defronta um problema básico, da coexistência de «normas próprias do direito das obrigações» com «soluções próprias do estatuto das relações de natureza real».

Enuncia então a questão da natureza do direito de arrendamento, como não poderia deixar de ser. Retoma-a mais tarde, a propósito do conteúdo da disciplina. É o único problema dogmático que podemos dizer abordado no relatório, embora não possamos deixar de considerar breve o tratamento que lhe é dedicado. Retomá-lo-emos em momento posterior.

Não se nos afigura que mesmo este problema, e a solução a que o autor chega, tenham deixado afinal marca no Programa. Este segue um esquema essencialmente moldado sobre os elementos da relação jurídica, sem que a solução da questão básica se revele assim inspiradora da sistematização adoptada.

4. O *Programa* e o *Conteúdo* da disciplina são apresentados com grande segurança. O autor demonstra cabalmente as suas qualidades bem conhecidas de jurista culto e certo, com uma notável familiaridade com as matérias que versa.

O *Programa* é dividido em três partes (que não têm aliás correspondência no Índice final): geral ou introdutória; «arrendamento urbano e arrendamento de prédio rústico para fim não rural nem florestal»; «arrendamento rural e arrendamento florestal».

Nesta última parte há a lamentar a extrema brevidade. Particularmente no arrendamento florestal, que tem sido entre nós objecto de escassa atenção, quase só se procede à remissão para artigos da lei.

O desenvolvimento privilegiado é dado ao arrendamento urbano e ao arrendamento de prédio rústico para fim não rural nem florestal.

Às matérias substantivas do arrendamento é acrescentada, com boas razões, uma secção sobre a acção de despejo.

Nesta Parte II segue-se, como dissemos, o esquema da relação jurídica.

O autor distingue as modalidades de arrendamento e faz, nomeadamente, uma classificação dos tipos de arrendamento quanto ao fim.

Ficamos na dúvida quanto à base em que o autor terá realmente assentado.

Diríamos que ainda hoje a lei contrapõe, a um arrendamento comum, os arrendamentos especiais.

Arrendamentos comuns são os sujeitos ao regime geral da locação.

Os arrendamentos especiais são fundamentalmente dos três grandes tipos:

- urbano
- rural
- florestal

Haverá que entrar em conta com subdistinções. Mas só estes arrendamentos estão sujeitos a regime diferenciado.

O que significa que não podemos tomar estes tipos especiais como se esgotassem o universo do arrendamento.

Nomeadamente, a assimilação que o autor faz do «arrendamento urbano» ao «arrendamento de prédios rústicos para fim não rural nem habitacional» pressupõe que o regime do arrendamento urbano é o regime-padrão. Não é assim. Há um regime básico (embora de aplicação estatisticamente rara), de que se especializam os vários arrendamentos especiais ou típicos.

5. Dentro desta categoria, o autor qualifica o contrato de arrendamento como um contrato consensual, por oposição a contrato real *quoad constitutionem* (pág. 25). Antes, o autor afirmara que do regime da lei resulta que o locatário não adquire, por mero efeito do contrato, o domínio da coisa locada: adquire apenas o direito de exigir do locador que lhe proporcione o gozo dessa coisa (pág. 9), não podendo reclamá-la de terceiro.

É verdade. Mas o quadro não fica fechado. Há uma possibilidade importante, que o autor não explora: a de que o contrato seja realmente obrigacional, mas que só com a entrega se constitua o direito real. Vários lugares da lei parece concorrerem neste sentido.

O momento da entrega é essencial para a consolidação da situação, como resulta dos arts. 1032 e 1033 C.C., relativos aos vícios da coisa locada; ou mais recentemente do art. 169/3 do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência. O próprio autor observa que o arrendatário não pode reclamar de terceiro a coisa, por mero efeito do contrato. Isto significa que as acções previstas no art. 1037 C.C., que dão o maior argumento em abono da concepção real do arrendamento, só surgem com a entrega da coisa.

O autor invoca a obrigação de entrega para concluir que o arrendamento não é direito real. Mas o que está em causa não é somente a demonstração de que o direito real não brota com a mera perfeição do contrato. Haveria ainda que demonstrar que ele não se constitui com a entrega da coisa.

6. Entrando directamente nesta problemática da natureza jurídica do direito de arrendamento, não nos cabe decerto expor uma concepção alternativa. Mas há que

avaliar a suficiência das razões avançadas pelo autor em abono da natureza obrigacional do arrendamento. Note-se que o autor afirma repetidamente a presença no instituto de regras próprias das relações reais ou de domínio (págs. 6 e 60, por exemplo).

O argumento principal do autor encontra-se no regime de locação de coisa alheia, por neste caso a lei considerar o contrato não cumprido. Diz que, se o arrendamento fosse um direito real, a consequência seria antes a nulidade.

Parece-nos desde logo que merece reserva a aceitação sem mais da nulidade do negócio sobre coisa alheia.

O autor parece basear-se no princípio de que a falta de legitimidade acarreta a nulidade do negócio. Pode pôr-se em dúvida semelhante princípio, pois as consequências daquela falta podem ser muito diferenciadas. A representação sem poderes, por exemplo, acarreta a mera ineficácia do negócio. O único princípio de base é o de que a esfera jurídica de terceiro não pode ser atingida por quem careça de legitimidade.

O autor invoca o art. 1034/1 *a*, na sua remissão para o art. 1032. Segundo este, o contrato considera-se não cumprido se o defeito datar, pelo menos, do momento da entrega. Isto significa que a lei coloca como momento determinante o momento da entrega. Para o contrato ser considerado não cumprido, o defeito tem de surgir pelo menos até esse momento.

Mas sendo assim, aquele preceito deixa de ter valor determinante para a solução desta querela.

Se até ao momento da entrega houver uma pura relação obrigacional (hipótese que deixámos em aberto anteriormente), até lá só poderia haver não cumprimento da obrigação de entrega.

Só com a entrega surgirá porém o direito real.

Se a coisa é alheia e é entregue não obstante, qual a consequência?

O contrato não é cumprido, porque o locador se comprometera a entregar a coisa sem aquele defeito.

Mas o não produzir efeito em relação ao dono da coisa entra no regime geral da falta de legitimidade. O regime só é incompatível se se partir do pressuposto, que devia ser provado, de que a falta de legitimidade importa a nulidade.

Não vemos assim que se possa tirar argumento do art. 1034 em favor do carácter obrigacional do direito de arrendamento.

7. O autor invoca no mesmo sentido o facto de na expropriação o arrendamento ser considerado um encargo autónomo, para efeitos indemnizatórios: teria um regime distinto do dos direitos reais que incidam sobre o prédio (pág. 26).

Mas a regra do art. 29 do Código das Expropriações, a que recorre, não cobre universalmente o arrendamento. Por outro lado, o arrendamento tem também aí um regime distinto do de quaisquer direitos pessoais de gozo, que incidam sobre o prédio. Diríamos até que o facto de ser um encargo indemnizável por si fala antes no sentido da sua qualificação como um direito real.

8. Enfim, toma o autor como demonstrativo da natureza obrigacional o facto de certos actos do locatário estarem dependentes do consentimento do locador (pág. 26).

O argumento não colhe. Algumas das disposições citadas respeitam à transmissibilidade do direito, o que em nada está dependente da sua natureza real ou obrigacional. Quanto à autorização para a realização de obras, quem conceber o arrendamento como direito real facilmente explicará aquela relação como situação jurídica *propter rem*. Também o usufrutuário não pode praticar certos actos sem consentimento do proprietário (art. 1458/1 C.C.; por exemplo), sem que isso transforme o usufruto num direito obrigacional.

Pelo que nos parece que os argumentos apresentados pelo autor em defesa da sua posição não são determinantes.

9. Noutro lugar menciona o autor a polémica surgida, no domínio do RAU, quanto ao *objecto do direito de preferência do arrendatário*, assente na referência do art. 47/1 ao «local arrendado» e defende a posição de que a preferência recai sobre todo o prédio (pág. 39).

Também aqui nos parecem insuficientes os argumentos que utiliza.

Considera que a doutrina contrária exclui a possibilidade de preferir quando o arrendamento tenha por objecto apenas parte de um edifício não sujeito ao regime de propriedade horizontal. Haveria que examinar porém, ainda nesse caso, a possibilidade de constituição de direitos a partes de coisa, pelo menos quando o local arrendado fosse juridicamente autonomizável.

Refere ainda a possibilidade de vários arrendatários se coligarem para adquirir o prédio em regime de compropriedade (pág. 38). É possível que tal coligação seja admissível, mas apenas com base consensual. Se não houver acordo, haverá que recorrer ao regime do art. 1465 do Código do Processo Civil. Isso é o que passa na hipótese de haver co-arrendatários, que é quanto a nós a que é o objecto do art. 47/2 RAU. É quanto basta para justificar a referência deste preceito à licitação.

10. No domínio dos *Métodos* faz o autor algumas observações de grande generalidade, que tornam difícil o comentário.

Antes, já afirmara que se justificava inteiramente uma disciplina dedicada ao arrendamento (pág. 12). Tal afirmação deveria basear-se numa apreciação, que não faz, sobre a filosofia que deve inspirar os planos curriculares de direito e o aproveitamento de tempos sempre escassos.

As suas considerações são de resto sensatas, não parecendo destinadas a suscitar grandes objecções.

CONCLUSÃO

Lamentamos que o autor não tenha neste trabalho dado uma medida mais exacta das suas capacidades. As que revela são porém amplamente suficientes para a prova a que o Relatório se destina.

No nosso Parecer, o autor denota uma segurança, capacidade de investigação e formação de base que o recomendam para o lugar a que se candidata.

Outubro de 1996.