

VOLUME LIII — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

2012

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
LIII — N.ºs 1 e 2 - 2012

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- PROF. DOUTORA ISABEL ALEXANDRE
- PROF. DOUTOR PEDRO INFANTE MOTA
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

EDITOR



Coimbra Editora

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra
Telef. (+351) 239 852 650
Fax (+351) 239 852 651
www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2014

	Págs.
I Doutrina	
<i>António José Avelãs Nunes</i> — Uma tentativa de compreender a crise à luz do marxismo	11
<i>Ana Vaz Geraldês</i> — Ciberterrorismo: cenário de materialização... ..	41
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — As ruínas da Universidade em Portugal e a Faculdade de Direito na Nova Universidade de Lisboa: uma janela para o futuro.....	95
<i>Fernando Macedo</i> — A denúncia de factos verdadeiros e de interesse público sobrepõe-se ao direito à honra dos agentes públicos	109
II Trabalhos de alunos	
<i>Ana Isabel Serra Calmeiro</i> — Da Natureza do Direito do locatário	121
<i>Natacha Reis Branco</i> — Da (in)admissibilidade da cláusula de reserva da propriedade no mútuo financeiro	157
III Vida universitária	
<i>Jorge Miranda</i> — Sobre o governo das Universidades Públicas.....	199
<i>Jorge Miranda</i> — Marcello Caetano e a criação de uma escola de direito público... ..	217
<i>Jorge Miranda</i> — Eleições e contencioso eleitoral	219
<i>Jorge Miranda</i> — Na apresentação do livro de Jorge Carlos Fonseca, Cabo Verde — Constituição, Democracia, Cidadania	245
<i>Jorge Miranda</i> — Na apresentação de obra coletiva, em 15 de outubro de 2012.....	249
<i>Jorge Miranda</i> — Estado social, crise económica e jurisdição constitucional... ..	255
<i>Paulo Bonavides</i> — Medalha Jorge Miranda.....	285

	Págs.
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Regulamento da medalha Prof. Jorge Miranda.....	287
— Sessão solene de entrega da “medalha Professor Doutor Jorge Miranda ao Prof. Doutor Paulo Bonavides.....	289
— Discurso de apresentação do Director da FDL Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto	
— Agradecimento do Prof. Paulo Bonavides	
<i>Conselho Académico</i> — Acta n.º 48.....	295
<i>Instituto de Cooperação Jurídica</i> — Relatório de atividades 2012.....	299
<i>Gabinete Erasmus</i> — Relatório de actividades ano lectivo 2011/2012.....	305
<i>Gabinete de Psicologia e Orientação (IOP)</i> — Síntese das atividades realizadas em 2012.....	341

DA NATUREZA DO DIREITO DO LOCATÁRIO (*)

ANA ISABEL SERRA CALMEIRO

SUMÁRIO⁽¹⁾

	Págs.
1. Considerações introdutórias	
2. Estrutura do direito do locatário.....	
2.1. Enquadramento nas relações creditórias.....	
2.1.1. Gozo como prestação positiva de “fazer gozar”	
2.1.2. Gozo como prestação negativa do locador.....	
2.1.3. Gozo como dever de “proporcionar o gozo”	
2.1.4. Doutrina do direito pessoal de gozo	
2.2. Enquadramento no campo da “realidade”	
2.3. Enquadramento como figura mista.....	
3. Traços fundamentais do regime legal	
3.1. <i>A Emptio non tollit locatum</i>	
3.2. Posse do locatário.....	
3.3. Oponibilidade <i>erga omnes</i> do direito do locatário.....	
3.4. Outros elementos	
3.5. Preceitos sobre a locação explicáveis em sede obrigacional.....	
4. Síntese estrutural da posição de autores	
5. Argumentos em confronto	
6. Conclusões.....	

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No presente estudo propomo-nos indagar a natureza jurídica do direito do locatário; prendemo-nos restritivamente com o enquadramento conceitual da

(*) O texto que ora se publica corresponde ao tema exposto no exame oral de melhoria de Direitos Reais, na Faculdade de Direito de Lisboa, no ano lectivo de 2010/2011, sendo fruto da discussão com os Mestres Nuno Aureliano e Rui Ataíde a quem muito agradeço as críticas e sugestões. Um especial agradecimento ao Mestre Rui Ataíde pelo incentivo e apoio à investigação, bem como pelo convite à publicação do presente estudo.

(1) Todo o preceito legal mencionado sem indicação do diploma em que se insere, pertence ao Código Civil Português de 1966.

posição do locatário e não com a generalidade das figuras que encabeçam direitos pessoais de gozo, não só pelo impacto económico e social presente na locação mas, por outro lado, por a disciplina da relação locativa ser a que dogmaticamente mais dificuldades apresenta.

Assim, procuramos a explicação por detrás do *direito de gozar* uma coisa.

A questão não é despicienda, se atentarmos no facto de que estão em causa, consoante a resposta a auferir, desde logo diferentes regimes, que consigo acarretam implicações distintas; admitindo a sua natureza como pessoal, podemos avançar, de forma não exaustiva: torna mais maleável o sistema, ao estarem à disposição dos interessados uma maior variedade de instrumentos jurídicos, bem como a não prevalência do direito do locatário sobre direitos não reais, mas referentes à coisa, constituídos antes da locação.

Admitindo a sua natureza como real: menor intervenção da autonomia privada para protecção da posição do locatário; aplicação directa do art. 824.º, n.º 2 — subsistência do arrendamento durante as vicissitudes da acção executiva, sendo oponível ao eventual adquirente, caso o arrendamento seja anterior ao registo da hipoteca (não tem o locatário de concorrer, como credor, ao património do locador, permanecendo intocado o seu direito sobre a coisa); maior justiça social para o locador, que pela sua escassa ligação com a coisa acarreta, porém, determinados deveres administrativos e fiscais que não se justificam; possibilidade de o locatário beneficiar de normas que regulam a acessão; por fim: ponderação da aplicação directa das formalidades a que se refere o artigo 410.º, n.º 3, na hipótese de um contrato-promessa de arrendamento. Não incluímos, nesta sede, a admissibilidade da posição do locatário ser usucapível, eventualmente imposta pelas razões de segurança e justiça social que fundam o instituto, por a questão poder igualmente ser resolvida pela figura do abuso de direito (art. 334.º) — não seria necessário verificarmos a viabilidade de uma aplicação directa do instituto da usucapião, isto é, uma efectiva aquisição originária do direito do locatário por via do exercício possessório, na medida em que seria exequível a invocação de *venire contra factum proprium* (mais concretamente a figura da *inalegabilidade formal* ⁽²⁾) para assegurar a sua posição.

⁽²⁾ Referimo-nos, a título de exemplo, aos casos em que não obstante a nulidade do contrato de arrendamento, o arrendatário exiba durante anos recibos comprovativos de pagamento das rendas, vindo, no entanto, o senhorio invocar a nulidade do contrato para obter a recuperação da coisa e o despejo do arrendatário; recorde-se: falamos de inalegabilidade formal perante aquele que permite ou provoca um vício conducente à invalidade formal de um acto ou negócio jurídico, vindo posteriormente invocar a invalidade decorrente dessa deficiência formal por si mesma provocada ou permitida.

2. ESTRUTURA DO DIREITO DO LOCATÁRIO

2.1. Enquadramento nas relações creditórias

Como a mais antiga, surge-nos a doutrina tradicional, que perspectiva a posição do locatário como exclusivamente assente em relações de crédito com o locador; dentro dela, historicamente se distinguiram várias vertentes:

I. Gozo conferido por uma PRESTAÇÃO POSITIVA de “fazer gozar”⁽³⁾

Primeiramente, surgem-nos vozes no sentido de o direito do locatário ter por objecto imediato não o gozo da coisa, mas um comportamento do locador traduzido por uma prestação positiva exercida de forma ininterrupta.

Actualmente, um ponto unânime facilita o nosso estudo: já nem os partidários da doutrina personalista admitem esta tese.

De facto, não obstante não ter qualquer apoio legal na ordem portuguesa, é pacífico que a sua defesa seria manifestamente inadequada⁽⁴⁾: um comportamento positivo permanente torna-se facilmente inconcebível em figuras como a locação financeira — muitas vezes, o próprio locador desconhece a coisa; por outro lado, outra perspectiva de que a obrigação positiva estaria na entrega da coisa, efectuada momento a momento também não colhe: não obstante termos presente o art. 1031.º-a), como bem nota GIORGIANNI⁽⁵⁾, a prestação de entrega é meramente instantânea, sendo que uma vez efectuada, só pode ser de novo entregue assim que quem a recebeu a restitua.

Suscitar-se-ia, ainda, um problema relativo à propriedade dos frutos: o locatário, quando tivesse direito a frutos naturais, só os poderia adquirir através de uma actividade de entrega pelo concedente, pelo que caberia perguntar se o concedente é ainda proprietário no momento da tradição dos frutos, ou se aí apenas tem obrigação de entrega.

Por último, a admitir-se a prestação do concedente como positiva, deveria ser-lhe possibilitada a denúncia: mas permite-se o arrendamento florestal com um prazo de 70 anos (art. 7.º, n.º 1, RAF), sem que o locador tenha o

⁽³⁾ Trata-se da noção de locação presente no Código de Napoleão (art. 1709.º: «A locação de coisas é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a fazer gozar...») e presente Código Civil Italiano (art. 1571.º: «A locação é o contrato com o qual uma parte se obriga a fazer gozar à outra...»).

⁽⁴⁾ É o que leva THON, em *Norma giuridica e diritto soggettivo*, apud JOSE ANDRADE MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, p. 88, a afirmar que tal implicaria uma permanente tensão da vontade, que afastaria qualquer homem consciente na iniciativa de locar seja o que for.

⁽⁵⁾ GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, 1940..., p. 124.

direito de fazer terminar, por sua exclusiva vontade, a relação obrigacional em causa.

Ainda assim, podemos assistir ao apoio desta vertente por parte de alguma doutrina portuguesa ⁽⁶⁾: curiosamente, é a obrigação de *fazer gozar* do senhorio que leva PINTO LOUREIRO a associar a locação à presença do sinalagma. Mas, tal como referimos: trata-se de uma concepção hoje em dia ultrapassada, tanto mais se considerarmos que a oponibilidade absoluta não constitui, actualmente, um traço distintivo unânime que possa separar os direitos de crédito dos direitos reais (basta atentarmos na perda de eficácia absoluta pelas regras de registo, ou na tutela aquiliana dos direitos de crédito pela eficácia externa das obrigações).

Concluindo, embora esta vertente da doutrina clássica seja mais adequada que a tese da prestação negativa para, no plano obrigacional, explicar o fenómeno dos direitos pessoais de gozo ao fazer corresponder o direito do locatário a uma obrigação idónea para o realizar, será ponto assente, tal como veremos de seguida, que o gozo só pode advir da actividade de uma pessoa sobre a coisa. Uma prestação de fornecer o gozo *dia a dia* configura-se, logo à primeira vista, desadequada: não conseguiria o locatário exercer o seu direito, por o seu gozo ser afectado caso o locador se encontrasse, certo dia, completamente inerte ⁽⁷⁾.

II. Gozo como consequência de PRESTAÇÃO NEGATIVA do locador

Não conseguindo resistir às críticas que lhe são impostas, a doutrina que continua a ver no direito do locatário uma estrutura creditícia tenta outro caminho: o locatário satisfaz o seu interesse mediante o locador *deixar gozar* ou *suportar o gozo*, isto é, aquele retira determinadas utilidades da coisa em virtude de o locador estar obrigado a permitir essa mesma actividade.

Esta doutrina, embora encontre alguns seguidores em França e, em Portugal, se tenha tornado conhecida a posição defendida por PEREIRA COELHO ⁽⁸⁾, sucumbe desde logo perante dois pontos de vista: primeiramente, um problema de delimitação — não consegue distinguir posição do locador dos outros sujeitos da ordem jurídica que também não devem interferir — e, de seguida, um problema de conteúdo — não há equiparação entre um dever de abstenção e uma activi-

⁽⁶⁾ PINTO LOUREIRO, *Manual do Inquilinato*, I, 1941, p. 33, avança ainda: «...cumpre ao senhorio fazer usar e fruir a coisa ao locatário, libertando-o dos embaraços e turbações que surgirem».

⁽⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza jurídica do direito do locatário*, in ROA, ano 40, 1940, p. 57, em que num tom sarcástico coloca a hipótese de saber o que sucederia, então, se o locador «adormecesse».

⁽⁸⁾ PEREIRA COELHO, *Arrendamento. Direito substantivo e processual*, copiog, Coimbra, 1988, p. 9.

dade de gozo⁽⁹⁾. Quanto a este último, torna-se evidente se nos debruçarmos na falta de correspondência entre a violação da obrigação de *non facere* e a cessação do gozo: a perturbação do gozo não resulta directamente dessa violação, mas pura e simplesmente do facto de ter passado a existir uma qualquer impossibilidade física de obter as utilidades da coisa, de tal forma que o locatário deixe de exercer a sua actividade; assim, no plano naturalístico tanto o locador, como terceiros, podem violar o direito do locatário, por actos que o impeçam de exercer o gozo sobre a coisa. Em conformidade, podemos admitir que a abstenção pelo locador possibilita, sem dúvida, o exercício do direito do locatário (pela criação de condições necessárias ao exercício da actividade de gozo), mas está longe de realizar o seu conteúdo: o locatário não vê o seu interesse inteiramente realizável através do comportamento do locador. Poder-se-ia, hipoteticamente, contra-argumentar no sentido de que o interesse do credor nem sempre é realizado pela prestação do devedor, mas tal não pode vingar se aceitarmos, *ab initio*, que o interesse do credor não integra a estrutura da obrigação.

Percebe-se, então, ANDRADE MESQUITA quando afirma que «o erro da doutrina da prestação negativa é semelhante ao das doutrinas personalistas ao tentarem captar a essência do direito real»⁽¹⁰⁾: da mesma forma que estas o fazem a partir da existência de uma *obrigação passiva universal*, ao mesmo tempo que o conteúdo do direito real não consiste no resultado da observância desse dever de abstenção, também o núcleo complexo do direito do locatário não é, por si só, apenas caracterizado por um simples *non facere* do locador.

Mas as críticas poderiam continuar: esta doutrina, levada às últimas consequências, pode reduzir o direito do locatário a uma mera faculdade, transpondo a solução que pretendemos estabelecer no presente estudo (direito de crédito ou direito real), por esse poder se tornar alheio a qualquer direito subjectivo: a actividade do locatário seria lícita, não por existir uma permissão normativa específica que lhe concedesse esse direito relativamente à coisa, mas por nada a proibir de ser levada a cabo, em virtude de mero consentimento do locador; um óbice salta, desde logo, à vista: sendo a actuação material do locatário lícita em virtude, então, do art. 1253.º, al. b), por resultar da mera tolerância do locador, não se compreende como lhe são reconhecidas as acções possessórias no art. 1037.º, n.º 2, face a uma coisa sobre a qual ele não poderia reivindicar qualquer direito.

⁽⁹⁾ GIORGIANNI, in *op. cit.*, p. 129. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo I, Lisboa, 2009, p. 547.

⁽¹⁰⁾ JOSE ANDRADE MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 100, nota 58.

Em conclusão, seguimos a mesma linha de THON: os créditos que têm por objecto o uso de coisa alheia exercem-se do mesmo modo que os direitos reais, directamente sobre a coisa, e não por uma prestação de abstenção do locador.

III. Gozo como dever de “proporcionar o gozo”

Esta vertente da doutrina creditícia encontra apoio na letra do art. 1022.º, e gira em torno da ideia de rejeição das características de inerência e sequela do direito do locatário: as suas possibilidades de gozo passariam, antes, pela cooperação do senhorio.

Tendo como principal defensor GALVÃO TELLES, ela é facilmente explicável por MENEZES CORDEIRO⁽¹¹⁾. Segundo aquele autor, o senhorio não pode limitar-se a deixar que o arrendatário use ou frua o prédio (como aconteceria se o direito fosse real), havendo uma série de obrigações diversas por parte do locador (manutenção, garantia, etc.)⁽¹²⁾, no sentido de lhe proporcionar o gozo. Mas tal é perfeitamente enquadrável no âmbito de Direito das Obrigações: não cabendo ao legislador resolver questões científicas, podemos perspectivar essas obrigações como meros deveres instrumentais, sendo o núcleo do direito do locatário a possibilidade de, por si, gozar a coisa, e continuando ele a ser abstractamente possível ainda que o locador não acate nenhum dos deveres que a lei lhe impõe.

Por fim, também no usufruto (art. 1473.º), superfície (art. 1532.º e 1533.º), servidão (art. 1567.º), estão a cargo do proprietário obrigações, e a sua natureza tipificada enquanto direitos reais de gozo ninguém contesta.

Fazendo um desfecho das doutrinas creditórias: o locatário tem um direito de gozo que exerce directamente sobre a coisa, sem necessidade de cooperação de ninguém — este esclarecimento deve-se, aliás, a GIORGIANNI, que demonstrou a necessidade de enquadrar numa categoria conceitual unitária todos os direitos que conferem o gozo de coisa alheia, quer derivem de uma relação *real* ou *creditória*. É a doutrina que se segue no nosso estudo. Mas, para não restarem dúvidas: o núcleo do direito do locatário escapa ao conceito de obrigação, entendida enquanto relação jurídica que tem por objecto uma prestação.

IV. Enquadramento enquanto direito pessoal de gozo

No limite, encontramos uma “bóia de salvação” para a teoria creditória, no âmbito da presente vertente: dentro de um esquema de direito pessoal, consegue explicar em termos mínimos como é possível a verificação do fenómeno de gozo, que, como vimos e por definição, não pode assentar numa prestação.

(11) MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 462-463.

(12) GALVÃO TELLES, *Arrendamento*, Pro Domo, 1946, p. 306, face ao então art. 1606.º do Código de Seabra.

Da noção de gozo (directo), aproveitamos a avançada por GIORGIANNI ⁽¹³⁾: «...retirar da coisa utilidade que, segundo a sua destinação económica, ela é apta a produzir”». Trata-se do exercício de poderes sobre uma coisa, comum tanto a direitos reais como direitos de crédito, que actualmente se consubstanciam em *usar* (aproveitamento de utilidades da coisa com preservação da sua substância); *fruir* (inexistente no direito romano, apenas surge com o direito de usufruto, e caracteriza-se em fazer seus os frutos naturais e civis produzidos pela coisa); ou *transformar* (poder material que requer a posse da coisa).

Estes poderes exercitam-se através da *imedição*, então presente em todos os direitos de gozo: uma ligação imediata à coisa, permitindo retirar dela utilidades de forma directa e sem necessidade de colaboração de outrem.

Mas, ainda no seguimento do autor italiano, a diferença entre créditos e reais tem a ver com um outro elemento: a forma como a coisa é afectada — o direito seria real quando houvesse uma afectação *inerente*, mesmo que não implique gozo; o direito seria pessoal quando essa inerência faltasse, ainda que implique o aproveitamento de uma coisa. É neste sentido que GIORGIANNI nega o direito do locatário como direito real de gozo ⁽¹⁴⁾: a partir do art. 1599.º do Código Italiano, o direito do locatário seria *inoponível a terceiros de boa fé*, faltar-lhe-ia, então, a característica da inerência.

Ora, se por “inerência”, normalmente apontada como característica dos direitos reais, entendemos a ligação íntima do direito à coisa (afecção de coisa corpórea), de tal forma que a coisa não pode ser separada do direito real, dois pontos cumpre salientar.

Primeiramente, que uma parte da doutrina reconhece restrições à inerência relativamente a direitos absolutos, bem como manifestações da mesma em direitos estruturalmente relativos ⁽¹⁵⁾.

De seguida, que não é com certeza por o direito do locatário carecer de inerência que rejeitamos o seu enquadramento enquanto direito real de gozo, tanto mais que no direito português é certo que essa figura se verifica. Pela análise efectuada por MENEZES CORDEIRO, é possível concluir que, no direito italiano, a inerência do direito do locatário é então exactamente a mesma que se verifica nos diversos direitos reais, pois as inoponibilidades do citado artigo do Código Italiano verificam-se, igualmente, a respeito de todos os direitos

⁽¹³⁾ GIORGIANNI, in *op. cit.*, p. 11.

⁽¹⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...* p. 64.

⁽¹⁵⁾ ANDRADE MESQUITA, *op. cit.*, p. 131 — só assim este autor consegue explicar que, reconhecendo os direitos pessoais de gozo como direitos que conferem o gozo da coisa, eles não se afirmam, contudo, reais, por a inerência, a existir, não decorrer da sua natureza enquanto direitos estruturalmente absolutos mas exceccionalmente de normas especiais.

reais⁽¹⁶⁾; o autor avança que a mesma ideia se pode surtir no direito português: como entre nós não vigora o regime da *posse vale título*, as únicas inoponibilidades que possam surgir no campo da locação provêm do registo predial e, por isso, seriam aplicáveis a todos os direitos reais. Pela nossa parte, julgamos que a inerência, como iremos demonstrar, advém antes do artigo 1057.º, se atendermos ao facto de o nosso Código ter consagrado, de forma claramente artificial, a parte final do artigo 1281.º, n.º 2, que, não obstante apenas valer para tutela possessória, não reconhecemos que o locatário possa defender o seu direito de fundo pelo artigo 1311.º

2.2. Enquadramento no campo da realidade

Articulada após o Código de Napoleão, esta doutrina surge pioneira em França, tal como a própria discussão da natureza jurídica do direito do locatário: surgem nomes como TROPLONG (primeiro a estruturar, coerentemente, a tese da realidade do direito do locatário — acabando, no entanto, a sua doutrina por ser vencida em 1865 no Tribunal da Cassação, talvez por se ter prendido demasiado, nos seus fundamentos, com apenas o princípio *emptio non tollit locatum* extraído do art. 1743.º do Código de Napoleão); em 1952, DERRUPÉ⁽¹⁷⁾ (a natureza real do direito do locatário decorreria do poder de retirar da coisa certas vantagens, por sua própria conta, bastando então provar que ele não resulta de serviços prestados pelo locador); em 1961, LAZZARA, parecendo ignorar o ensinamento propugnado pelo autor anterior (encabeçando a mais sólida e completa defesa da natureza real do direito do locatário — sem preconizar quaisquer novas teorias face à distinção entre direitos reais e direitos de crédito — vem reconhecer a presença de, para além da *imedição*, a característica da absolutidade no âmbito da sua oponibilidade *erga omnes*⁽¹⁸⁾).

⁽¹⁶⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...* p. 65-66: «bens móveis a terceiros adquirentes, possuidores de boa fé» (ora em Itália vigora o princípio da posse vale título, pelo qual aquele a quem sejam alienadas coisas móveis adquire propriedade delas, se estiver de boa fé — 1153.º C. It); e «*locação de bens imóveis não inscrita não é oponível ao adquirente se não nos limites de nove anos, desde o início da locação*» (em Itália, os actos sujeitos a registos não produzem efeitos face a terceiros quando não registados, e, pelo 2643.º/8 C. It «estão sujeitos a registo as locações de duração superior a nove anos»).

⁽¹⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...* p. 71-73; este autor, ao analisar os critérios de distinção entre os direitos de crédito e direitos reais, rejeita que ela se baseie num prisma da pretensão oponibilidade *inter partes* dos primeiros, e *erga omnes* dos segundos, ao apoiar-se nas construções como a *eficácia externa das obrigações* e *posse vale título* que, por sua vez, travam a oponibilidade em função de critérios como a boa fé.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 74-75: o locatário poderia opor o seu direito ao locador, aos titulares de quaisquer direitos reais que posteriormente se venha a constituir sobre a coisa; aos credores do

Na doutrina portuguesa, encontramos defensores como PAULO CUNHA, OLIVEIRA ASCENSÃO, DIAS MARQUES e MOTA PINTO. Em todos eles, salta à vista o argumento comum: tal como TROPLONG, veem como verdadeira manifestação de inerência a subsistência do arrendamento independentemente da transmissão da propriedade do prédio, corporizada pela imperatividade do art. 1057.º⁽¹⁹⁾.

Individualmente, PAULO CUNHA⁽²⁰⁾ aponta como aspecto que necessariamente implica a natureza real os meios possessórios, que entende como autênticas acções reais na medida em que o inquilino que as quisesse usar teria de alegar o seu direito (porém, para mover acções possessórias basta alegar a mera posse, em nome próprio e nos termos do seu direito); DIAS MARQUES⁽²¹⁾, embora admita o aluguer como verdadeiro direito de crédito, pela obrigação de proporcionar o gozo do locatário, reconhece o arrendamento como direito real pelo carácter directo ou imediato sobre o objecto, palpável pela sequela que traduz o artigo *supra* enunciado (no entanto, a resposta que procuramos no presente estudo caberá tanto para aluguer, como para arrendamento: o Código civil regulou vastamente a locação, quer verse sobre bens móveis ou imóveis, sendo o art. 1022.º e 1063.º comuns; por outro lado, não há secções específicas de aluguer, e todos os preceitos fundamentais em que nos vamos basear aplicam-se a ambas as figuras, artigos 1037.º ou 1057.º); MOTA PINTO⁽²²⁾, que rejeita desde logo o argumento sistemático a favor da tese pessoalista (ao aferir que também na parte do Direito das Obrigações estão os direitos reais de garantia ou a promessa e preferência reais), procura qualificar o direito do arrendatário pela indagação da possibilidade de usucapião — não havendo no Código Civil nenhum capítulo que defina o direito do arrendatário como direito real de gozo, confere ao arrendatário a possibilidade de usucapir a sua posição jurídica por via da *função* do instituto: assim, não só a fim de “pôr o direito de acordo com o facto”, como dispensar a necessidade de o possuidor mostrar uma cadeia de transferências e títulos que conferem a um indivíduo um direito (*prova diabólica*), não haveria razão para negar este elemento ao direito do arrendatário, reforçando a sua posição real;

locador; aos titulares de direitos pessoais de gozo; aos terceiros destituídos de direitos sobre o bem locado.

⁽¹⁹⁾ Aspecto que será analisado adiante, aquando a exposição analítica no presente estudo.

⁽²⁰⁾ *Apud.*, MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 79.

⁽²¹⁾ *Prescrição Aquisitiva I*, Lisboa, 1960, p. 219.

⁽²²⁾ MOTA PINTO, *Direitos Reais*, por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra, Almedina, 1971, pp. 147 a 167.

Por último, surge-nos OLIVEIRA ASCENSÃO⁽²³⁾, com uma das construções mais completas: após negar que a transitoriedade do direito de arrendamento (art. 1087.º) possa funcionar como óbice, por não admitir o carácter de “permanência” como característica dos direitos reais, vem explicar como a existência de pretensos vínculos obrigacionais também não obsta a essa natureza⁽²⁴⁾: «o pagamento da renda é um *ónus real*, enquanto as numerosas obrigações do arrendatário perante o senhorio são relações jurídicas reais predispostas por lei para solucionar os conflitos de direitos reais, como em todos os casos de conflitos de sobreposição (= *relações jurídicas ob rem*)»; demonstra, ainda, a presença de inerência, oponibilidade *erga omnes*, susceptibilidade de reivindicação, e refere a possibilidade de extinção pelo não uso.

2.3. Enquadramento como figura mista (*tertium genus*)

Alguma doutrina pronunciou-se no sentido de seguir um caminho mais harmonioso, harmonizando soluções: o direito do locatário apresenta características das duas categorias. Neste sentido pronunciaram-se, desde logo, CUNHA GONÇALVES⁽²⁵⁾ e HENRIQUE MESQUITA⁽²⁶⁾.

Efectivamente, analisando os argumentos destes dois autores num todo coincidente, a sua linha de orientação dirige-se no sentido de que o locatário é, para determinados efeitos, titular de uma verdadeira posição de soberania e, para outros, mera contraparte de um contrato.

Tentando uma enunciação não exaustiva, eles podem então agrupar-se nos seguintes: como elementos de carácter *real*⁽²⁷⁾ — possibilidade de trespassar estabelecimento comercial e, com ele, o direito de arrendamento, sem autorização do senhorio (art. 1112.º); funcionamento de acções possessórias a favor do locatário (art. 1037.º, n.º 2) e, ainda, possibilidade conferida pela última parte do n.º 1 do art. 1037.º do locatário reagir de forma autónoma (art. 1311.º) e

⁽²³⁾ *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 1978, pp. 519-520; *Locação de bens dados em garantia/Natureza jurídica da locação*, ROA, 1985, p. 376.

⁽²⁴⁾ Opinião sufragada por MOTA PINTO (que, por sua vez, faz notar que também no direito de superfície, o superficiário poderá ter de pagar uma importância periódica — art. 1530.º, n.º 1), HENRIQUE MESQUITA e MENEZES CORDEIRO (in *Da Natureza...*, p. 143: referindo-se às obrigações *propter rem*, afirma «é uma das maiores conquistas do moderno Direito das Cosias o reconhecimento da existência de obrigações no próprio conteúdo de direitos reais»).

⁽²⁵⁾ GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil, em Comentário ao Código Civil Português*, volume 9, 1934, p. 62.

⁽²⁶⁾ *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, p. 176: «A disciplina da locação não permite... natureza jurídica unitária».

⁽²⁷⁾ *Obrigações Reais...*, p. 160, com a advertência de estas funcionarem apenas após o locatário ingressar na posse da coisa.

directamente contra agressões de facto de terceiro ou que arrogue um direito sobre a coisa, sem intermédio do locador, tal como nos restantes direitos reais de gozo (poder directo e imediato de uso e fruição, oponível *erga omnes*). Como elementos da natureza *pessoal*, encontramos: a própria noção legal de locação (art. 1022.º); a menção expressa à obrigação de abstenção do locador (primeira parte do n.º 1 do art. 1037.º); a permanente ligação da posição jurídica do locatário ao contrato locativo, por a extinção, renovação e transmissão da locação serem reportadas, por lei, ao contrato que a fundou; a possibilidade de cessação da posição do locatário por incumprimento das obrigações, deixando transparecer a falta de solidez característica dos reais; a impossibilidade de o locatário poder hipotecar o seu direito; a necessidade de autorização do locador para prática de actos relativos ao gozo ou benfeitorização da coisa (art. 1038.º, al. *f*), ou para dar em sublocação (arts. 1061.º e 1038.º/*b*); e, por fim, certas soluções de regime que afastam o direito em causa de um direito real, nomeadamente quanto à forma (apenas os arrendamentos superiores a seis anos estão sujeitos a registo — 2.º/1/*m* CRP) e, ainda, pelo regime do risco (locatário tem o gozo da coisa mas, contudo, corre o risco pelo locador).

Um ponto cabe, desde logo, esclarecer: embora tenhamos presente o inconveniente teórico que outrora MENEZES CORDEIRO apontara face a teses mistas⁽²⁸⁾, continuando ainda com este autor deparamo-nos igualmente com as suas vantagens: como contributo destas teses, que nos fique logo a ideia de que, sem comprometer a identificação do direito principal (direito do locatário em relação à coisa), «sendo a essência do direito subjectivo o aproveitamento de determinado bem, é possível o surgimento de *obrigações acessórias* no conteúdo dos reais e *direitos reais instrumentalizados* nas obrigações»⁽²⁹⁾.

Por fim, um último autor, tendo em conta o método adoptado para responder à questão em causa: para ANDRADE MESQUITA⁽³⁰⁾, apenas um aspecto afasta os direitos pessoais de gozo, em geral, dos direitos de crédito ou reais — quanto aos primeiros, falham quando confrontados com a figura da *imedição*⁽³¹⁾, tão presente nos direitos pessoais de gozo como nos direitos reais; quanto aos segundos, após o autor tentar estabelecer a absolutidade estrutural como carac-

(28) *Da Natureza...*, p. 61: «...não é possível que uma mesma permissão normativa confira, simultaneamente, o aproveitamento de coisas corpóreas e de prestações...um direito subjectivo ou é real ou é pessoal, não pode ser em simultâneo pois tal implicaria uma duplicidade normativa, incompatível com a unidade do próprio direito».

(29) *Ibid.*, p. 62.

(30) *Direitos Pessoais de Gozo*, p. 165.

(31) *Idem*, p. 13, definida como possibilidade de aproveitar utilidades de uma coisa «sem necessidade de colaboração de outrem, ou seja, *imediatamente*».

terística de todos os direitos reais⁽³²⁾, acaba por demonstrar que, na verdade, também ela falta nos direitos pessoais de gozo⁽³³⁾.

3. TRAÇOS FUNDAMENTAIS DO REGIME LEGAL

Rejeitadas as teses pessoalistas, e apresentados os principais argumentos a favor da natureza real e creditícia do direito do locatário, o estudo sistemático das doutrinas formuladas já nos permitiu alcançar um conhecimento geral da problemática em causa. Debruçamo-nos, agora, num estudo analítico dos factores aos quais a maioria da doutrina e jurisprudência tem apontado como dependente a natureza do direito do locatário.

1) *Emptio non tollit locatum*

No Direito Romano, sendo a locação, tal como a compra e venda, meramente obrigacional, sendo o comprador da *res* locada estranho aos efeitos *inter partes* do contrato locatício, o locatário apenas poderia demandar o locador pelos danos que a retirada da *res* lhe causou, não permanecendo a locação perante a mudança do seu proprietário — vigorava a *emptio tollit locatum*; por conseguinte, o locador tinha então todo o interesse em juntar ao contrato uma cláusula pela qual o comprador da *res* se vinculasse a tolerar a locação por determinado prazo. Acabaram por ser, precisamente, a crescente vulgarização destas cláusulas que deram lugar ao surgimento do princípio inverso.

Ora, maioritariamente apontado, é este um dos argumentos mais fortes da doutrina realista — o princípio *emptio non tollit locatum* (“compra não tolhe a locação”): consagrado não só no nosso ordenamento (art. 1604.º do Código de Seabra e 1057.º do CC de 1966), como no francês (art. 1743.º Código Napoleão), Italiano (art. 1599.º Código Italiano)⁽³⁴⁾ e Alemão (571 BGB)⁽³⁵⁾, noutras se aplicando, ainda, se registado (Suíça, Espanha e Brasil), constitui o grande pilar da fundamentação de TROP LONG⁽³⁶⁾, sob a ideia de que o facto do direito do locatário sobreviver às alienações da coisa locada, seguindo o direito a coisa de

⁽³²⁾ *Idem*, pp. 119 a 128; neste ponto, o autor assume-se pioneiro: em sentido contrário, MENEZES LEITÃO in *Direito das Obrigações*, I, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, p. 108; e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais — sumários*, Lisboa, 1998; AAFDL, p. 64 e 65 e ainda *Tratado...*, pp. 487 a 491.

⁽³³⁾ *Op. cit.*, pp. 155 a 163.

⁽³⁴⁾ Nestas duas últimas ordens jurídicas, funcionando apenas com força supletiva.

⁽³⁵⁾ Operando apenas após a entrega da coisa ao locatário.

⁽³⁶⁾ *Apud.*, MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 95.

mão em mão e sobrevivendo às alienações e modificações dos proprietários, só pode caracterizar o direito em causa como real. Ou seja, caso o locador transmita o seu direito tem de o fazer tal e qual ele se encontrava no seu património, pelo que, limitando o seu próprio direito sobre a coisa (locando-o, portanto), nada mais pode transmitir que um direito limitado.

Para os defensores da tese realista, nada mais se vê a partir deste princípio senão o reconhecimento legal da característica de *inerência* do direito do locatário, concretizado pela conhecida *sequela*⁽³⁷⁾: o direito do locatário segue a coisa e locador será não apenas a pessoa que, por contrato, aceitou essa posição jurídica, mas também aquele para quem o direito real do locador seja sucessivamente *transmitido*; direito real é inerente à coisa, permitindo a afectação desta, sejam quais forem as vicissitudes que se possam verificar.

Inversamente, os adversários da realidade da natureza do direito do locatário procuram explicar este princípio⁽³⁸⁾ por esquemas próprios do Direito das Obrigações, mediante figuras de transferência de direitos de crédito — fazem-no, essencialmente por duas vias: por um lado, GALVÃO TELLES⁽³⁹⁾, HENRIQUE MESQUITA⁽⁴⁰⁾ e ANDRADE MESQUITA⁽⁴¹⁾ falam de uma *transmissão legal da posição contratual*; por outro, MENEZES LEITÃO⁽⁴²⁾ equaciona a hipótese de uma *sub-rogação legal*. Para os primeiros, o princípio *emptio non tollit locatum* nada mais é que um efeito derivado de, pela lei, com a transmissão da coisa locada, se operar a transmissão da posição do locador para o adquirente: este não poderia expulsar o locatário porque ficaria colocado na exacta posição do seu antecessor, permanecendo obrigado a proporcionar o gozo da sua coisa.

⁽³⁷⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de bens...*, p. 373; e MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 96.

⁽³⁸⁾ Atente-se na forma como o art. 1057.º está formulado: sem qualquer referência ao prisma da situação jurídica do locatário, não fosse o autor do Anteprojecto conhecido pessoalista: GALVÃO TELLES.

⁽³⁹⁾ *Arrendamento*, p. 306, explica que o direito do arrendatário sobrevive à transmissão do prédio locado, pois «com o prédio se transmite a posição jurídica do senhorio, da qual faz parte a obrigação que do direito do arrendatário é correlativa; tanto se transmite essa posição, que o adquirente do prédio fica investido no direito á renda». Quanto a este exemplo, podemos desde logo refutar se admitirmos a renda como uma obrigação *propter rem*, em que em caso de transmissão de um direito real, automaticamente também se transmitem os direitos não reais — aliás, o mesmo se passaria com a remuneração a efectuar pelo superficiário, caso seja estipulada nos termos do art. 1530.º n.º 1.

⁽⁴⁰⁾ *Obrigações Reais...*, p. 147, nota 35.

⁽⁴¹⁾ *Direitos Pessoais de Gozo*, p. 164; este autor, inclusive, a fim de demonstrar que o art. 1057.º não confere absolutidade a um direito que, a seu ver, é estruturalmente relativo, utiliza a expressão *inerência* entre aspas.

⁽⁴²⁾ *Arrendamento Urbano*, Almedina, 2007, p. 48.

Relativamente ao segundo, MENEZES CORDEIRO afirma, desde logo, que o modo de operar do instituto não se verifica no princípio em causa ⁽⁴³⁾: basta atentar no art. 589.º; por outro lado, funcionando a sub-rogação pela substituição de uma pessoa por outra na titularidade de determinado crédito, podemos admitir que não é suficiente para justificar o fenómeno do art. 1057.º, em que a complexidade da situação locativa impede que a mesma seja redutível a apenas direitos ou obrigações.

Quanto à hipótese de transmissão legal da posição contratual, ela parece responder aos problemas levantados pela solução de MENEZES LEITÃO, por se operar a transmissão da posição contratual “no seu conjunto de direitos e obrigações”: transmitir-se-ia a posição contratual do locador, como efeito necessário da transmissão do direito real em que baseou a celebração da locação. No entanto, permanecemos mais uma vez na linha de MENEZES CORDEIRO ⁽⁴⁴⁾: se, para os pessoalistas, o locatário goza a coisa como produto de uma obrigação de *fazer gozar, deixar gozar* ou *proporcionar o gozo*, então a subsistência da situação locativa equivale a investir o novo locador numa obrigação contratual na qual ele não manifestou qualquer vontade em contrair — trata-se de direito das obrigações, por não se compadecer com um dos mais sólidos princípios que vigoram no seu interior: a autonomia privada.

Resta referir dois pontos: primeiramente, o de que a doutrina tradicional utiliza a consagração deste princípio para ir mais longe — o que, aliás, parece fazer com a própria menção do art. 1037.º, n.º 2 ⁽⁴⁵⁾ —, aproveitando a sua existência expressa para o entender como excepcional, numa ideia de que a consagração do princípio é necessário por o direito do locatário não ter, por si só, potencialidades suficientes para sobreviver às transmissões ⁽⁴⁶⁾. Mas esta argumentação vale por si: desde os estudos da cadeira de Introdução ao Estudo do Direito que nos foi leccionado não interessar a intenção do legislador como opção científica, mas o regime jurídico ⁽⁴⁷⁾.

Em segundo lugar, a admitirmos este princípio mais claro e evidente face às soluções do Direito das Coisas — alguém que não contratou, fica vinculado

⁽⁴³⁾ *Da Natureza...*, p. 92.

⁽⁴⁴⁾ *Da Natureza...*, p. 94: «seria uma severa limitação à vontade das partes, ao se colocar uma pessoa numa posição contratual cujo contrato nunca por ela foi querido!».

⁽⁴⁵⁾ P. 11 do presente estudo.

⁽⁴⁶⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 90 (citando TABET, in *Locazione*, NDI, vol. IX, p. 998: o princípio em causa é a «...confirmação de uma absolutidade limitada, inconcebível nos direitos reais, que se actua apenas contra determinados terceiros»)

⁽⁴⁷⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de bens...*, p. 367, afirma «Não nos interessam muito as tomadas de posição do legislador...cabe a este (interprete) sacrificar a qualificação errada ao regime efectivamente estabelecido».

ao contrato do seu antecessor — ele só poderá funcionar como um *indício* da natureza real do direito do locatário, por duas razões: por um lado, tendo em conta que a definição de direitos reais não surge pela sua forma de extinção, extraímos que a inexistência de tal princípio não poderia, só por si, rejeitar a natureza real do direito em estudo⁽⁴⁸⁾. Por outro lado, HENRIQUE MESQUITA levanta um óbice curioso: a possibilidade de o art. 1057.º apenas operar contra quem adquira o direito de forma *derivada*⁽⁴⁹⁾, isto é, por meio de contrato realizado com o locador, e já não nos casos de aquisição *originária* do direito real (ex: por via de usucapião, acessão, aquisição tabular, ocupação).

2) Posse do locatário

Como elemento inequivocamente real que aproveita ao locatário, tem sido apontado pela doutrina a natureza da posse como argumento a favor da tese realista⁽⁵⁰⁾, sendo a construção a seguinte: demonstrando-se tratar-se a posse de um direito real, bastaria provar-se a posse do locatário para que a natureza do seu direito gozasse, então, de um elemento seguramente real. Embora ela nos pareça engenhosa, duas razões nos levam a pensar que, no entanto, a sua comprovação não dispensará a busca de outros elementos que nos permitam reforçar uma tomada de decisão final: por um lado, o de que a posse tem sido considerada como *direito provisório* (atente-se na posição do possuidor formal face ao titular do direito real numa acção de reivindicação) ou *enfraquecido* (art. 1281.º/2); por outro lado, em virtude de uma situação que salta, desde logo, à vista: a considerarmos a posse como elemento decisivo a favor na natureza real do direito que a tenha na sua exteriorização, então a possibilidade de no comodato ou depósito se poder recorrer a acções possessórias (art. 1133.º, n.º 2, e 1188.º, n.º 2, respectivamente) poderia igualmente pôr em causa a natureza creditória destes direitos que, diga-se, é reconhecida como pacífica⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 97: «...apenas significaria que o direito do locatário se extinguiria com a transmissão do direito do locador».

⁽⁴⁹⁾ *Obrigações Reais...*, p. 139, nota 18. A ideia seria esta: o art. 1057.º também se pode aplicar analogicamente às hipóteses em que o locador constitua um direito real menor, mas que atribua ao respectivo titular o gozo dela: nesse caso, como a aquisição do direito real foi derivada, o titular do novo direito real não poderá exercê-lo em detrimento do locatário (salvo, claro está, direito constituído por lei coercivamente, como servidão legal). Mas tal já não sucederia nos casos de aquisição *originária* do direito real por terceiro, pois aí não haveria nenhuma “transmissão” do direito que o artigo requer. No mesmo sentido, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, p. 19.

⁽⁵⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de bens...*, pp. 378 a 384; e MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, pp. 98 a 114.

⁽⁵¹⁾ Perante este panorama, a manobra de MENEZES CORDEIRO é habilidosa: *Da Natureza...*, p. 113, avança que é à doutrina adversa à natureza real do direito do locatário que cabe demons-

Feitas as advertências acima expostas, avancemos, sumariamente: não querendo levar até à exaustão a velha discussão acerca dos elementos da posse para efeitos de verificação da sua presença, cumpre salientar que a existência de posse nos direitos pessoais de gozo encontra uma resposta diferenciada. Para a teoria subjectivista⁽⁵²⁾, que vê a posse como influência física própria sobre a coisa corpórea (*detenção* nas palavras Savignyanas, à qual a doutrina apelidou de *corpus*), com vontade de actuar como proprietário (*animus domini*), o seu efeito prático imediato seria a *restrição* do âmbito de aplicação dos efeitos possessórios. De facto, na sua versão mais pura, como só haveria posse nos termos do direito de propriedade, ela estaria excluída no âmbito de direitos reais de gozo e, naturalmente, em qualquer direito pessoal de gozo (se não atendermos à circunstância de que o “animus domini” de SAVIGNY sofreu pela doutrina um acrescento: “ou titular de um direito real de gozo”, no sentido de possuir em nome próprio).

Contrariamente, para a teoria objectivista⁽⁵³⁾ que vê a relação possessória distinguir-se da detenção, não pela vontade de possuir mas por acção do próprio direito — sendo a posse a afectação material (*corpus*) e, logo, voluntária (tem implícito o *animus*), à qual inexiste uma norma jurídica que a qualifique como detenção — o seu efeito prático imediato será, antes, a *ampliação* do âmbito de aplicação dos efeitos possessórios: estes verificam-se sempre que haja exercício de actividade material sobre a coisa, salvo norma em contrário.

Assim, qualquer situação em que se exerçam poderes de controlo material sobre a coisa deve ser reconduzida a posse: beneficiando não só titulares de direitos reais, como quaisquer outros direitos.

Pela nossa parte, apoiamos a vertente objectivista como consagrada no nosso Código Civil⁽⁵⁴⁾. A partir daqui, será fácil demonstrar que o locatário é possui-

trar que os conteúdos dos contratos de comodato ou depósito não dispõem, então, de um elemento real.

⁽⁵²⁾ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, 2.^a edição, Coimbra, 1987, anotação ao art. 1251.º; MOTA PINTO, *Direitos Reais*, pp. 189 e ss.; HENRQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, 1967, p. 68.

⁽⁵³⁾ DIAS MARQUES, *Prescrição...*, p. 31; MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 51 e ss.; CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 2003, pp. 287 e ss.; JOSE ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 536 e ss.

⁽⁵⁴⁾ Por várias razões, entre as quais enunciamos como principais: impossibilidade de saber a consciência do possuidor; como encontrar uma intenção possessória num incapaz de facto (art. 1266.º) — aliás, aquando a primeira versão do projecto do BGB, sob pressão do pensamento de SAVIGNY radicado na pandectística, surgia a referência à “vontade” que, no entanto, fora afastada na revisão por se ter entendido que poderia ficar prejudicada a posse do incapaz; o art. 1252.º/2 apenas refere “poder de facto”; posse pode existir mesmo contra a vontade do possuidor (art. 1257.º/1); pelo art. 1253.º/b) e c), mesmo com o “animus”, pode não haver posse; a sistemática e o estilo no CC são objectivistas: a base é a posse, que deixa de o ser quando a lei a

dor relativamente ao seu direito⁽⁵⁵⁾ — o reconhecimento da adopção da doutrina objectivista pelo nosso ordenamento implica, por si mesma, a existência de posse por parte do locatário: este tem a afectação material da coisa (corpus), exercendo sobre ela actividades que exteriorizam um direito próprio; o seu direito à locação está fora até da alínea *c*) do art. 1253.º, ao possuir a coisa em nome próprio, nos termos do seu próprio direito de locatário. Como reforço: a defesa possessória (art. 1037.º/2) não é uma decorrência artificiosa da lei⁽⁵⁶⁾, pois elas dependem dogmaticamente do controlo material da coisa, e não do contrato: o locatário tem uma posse própria e autónoma. Mas ainda que quiséssemos abdicar da concepção objectivista, e dos argumentos agora expostos, cabe referir que encontramos doutrina tradicional portuguesa no sentido de que o âmbito da posse abrangeria o exercício de poderes não apenas de direitos reais, mas também direitos de crédito que implicassem presença de coisas⁽⁵⁷⁾ (que direitos são esses, senão direitos pessoais de gozo?).

Chegados até aqui, bastar-nos-ia demonstrar a natureza da própria posse, para a mesma caracterizar a própria natureza do direito do locatário. Tratando-se de uma das questões mais debatidas no seio do instituto possessório, desde início do século XIX, não nos poderemos debruçar desenvolvidamente sobre a questão quando sabemos, à partida, que estamos a tratar apenas de um elemento que, a ser considerado real, não deixará de constituir um mero *indício*. Assim, referimos apenas os seus contornos.

relegue para situação de mera detenção — ora o CC define posse (art. 1251.º) para, depois, indicar situações de detenção (art. 1253.º); art. 1255.º — posse na sucessão transmite-se automaticamente, sem necessidade da vontade. Enfim, a orientação subjectivista deve ser reconduzida às posições voluntaristas do séc. XIX: actualmente, ninguém defende o dogma da vontade no

campo do negócio jurídico, ou a doutrina de WINDSHEID que caracteriza o direito subjectivo como poder soberano da vontade individual, concedido pela ordem jurídica.

Quanto ao maior argumento dos subjectivistas: à al. a) do art. 1253.º, aderimos a MENEZES CORDEIRO (*A Posse...*, p. 64-65) e MENEZES LEITÃO (*Direitos Reais*, p. 126): engloba as situações em que o poder de facto foi adquirido em termos tais, que a própria lei afasta a posse, desde que não caia na alínea *b*) ou *c*).

⁽⁵⁵⁾ ANDRADE MESQUITA, *Direitos Pessoais...*, p. 207. MENEZES CORDEIRO, *A Posse*, p. 75.

⁽⁵⁶⁾ Como parecem fazer crer MOTA PINTO, *Direitos Reais*, p. 196; e PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, p. 18, nota 1, a atribuição de defesa possessória ao locatário implicaria, a contrário, o reconhecimento da sua qualidade de não possuidor, pois se o fosse seria desnecessária uma concessão suplementar da lei. Mais uma vez, a idêntico problema respondemos em p. 14, nota 46 do presente estudo, ao qual acrescentamos uma passagem decisiva de MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 109: «Que situação poderá ser defendida por meios possessórios, senão a própria posse?».

⁽⁵⁷⁾ MANUEL RODRIGUES, *A Posse*, Estudo de Direito Civil Português, 1981, p. 179, «...(a posse) não se circunscreve aos direitos reais: também existe nos direitos pessoais que implicam um poder sobre as coisas».

Tomando como assente de que, actualmente, se trata de um direito ⁽⁵⁸⁾ — direito subjectivo, como a nosso ver se posicionam, e bem, JOSÉ ALBERTO VIEIRA ⁽⁵⁹⁾ e MENEZES CORDEIRO, — cabe perguntar: “que direito?” ⁽⁶⁰⁾. Parece-nos que a discussão surgirá entre um direito real de gozo, ou um direito de gozo *diferenciado*, mas não, decisivamente, de crédito: na posse não há uma relação jurídica entre possuidor e o titular do direito real, nem qualquer crédito ou prestação que integram a relação obrigacional; o possuidor faz o aproveitamento directo da coisa, sem a imediação de ninguém.

A favor desta última concepção, MENEZES CORDEIRO ⁽⁶¹⁾ avança o mesmo argumento histórico que, actualmente, o faz inclinar para a defesa dos direitos pessoais de gozo fora da natureza real ⁽⁶²⁾: embora se trate de um instituto de Direitos Reais, não pode nele ser integrada por razões histórico-culturais, na medida em que no direito romano não era tutelada por *actiones in rem*, mas por *interdicta possessiones*.

Por razões que iremos desenvolver mais à frente, avançamos desde já que este argumento, embora possa constituir uma explicação plausível, não é, a nosso ver, imutável: ser este o único argumento definitivo, equivaleria a afirmar que a ciência jurídica se cristalizou na história, e que temos de manter o mesmo pensamento dos romanos quando, como teremos oportunidade de expor, a ligação do direito real à *actio in rem* parece ter vindo progressivamente a esbater-se a partir do século XIX. Já MENEZES LEITÃO ⁽⁶³⁾ e OLIVEIRA ASCENSÃO ⁽⁶⁴⁾ baseiam-se na suposta falta de inerência e sequela, evidenciada pelo n.º 2 do art. 1281.º: o pos-

⁽⁵⁸⁾ No Direito Romano admitia-se, para a *possessio naturalis* (detenção) e simples *possessio* (posse defendida por tutela interdita), a posse enquanto mero “facto”, com exclusão da *possessio civilis* (posse fundamentada numa causa jurídica reconhecida como capaz, em abstracto, de transmitir a propriedade).

Actualmente, basta pensarmos que a posse não corresponde somente ao corpus, mas sim ao produto de uma interpretação e aplicação de regras jurídicas (art. 1253.º) ou, decisivamente: não se transmitem factos, pelo que como explicar que a posse possa ser herdada (art. 1255.º) ou transmitida (art. 1263.º/b e c)?

Ficam, então, excluídas as teorias da posse como acção, relação de facto, relação jurídica ou facto jurídico.

⁽⁵⁹⁾ *Da Natureza...*, p. 111; *Direitos Reais*, p. 649. Direito subjectivo, enquanto permissão normativa de aproveitamento de determinado bem, implicando a liberdade do seu titular na utilização do mesmo e o respeito pelos não titulares por essa utilização. Há uma verdadeira atribuição, ainda que provisória, de uma coisa a um sujeito.

⁽⁶⁰⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 13, «...sendo a locação um direito subjectivo privado, patrimonial e referente a bens materiais, só pode ser um *direito real* ou um *direito de crédito*».

⁽⁶¹⁾ *A Posse...*, p. 164.

⁽⁶²⁾ *Tratado...*, p. 561.

⁽⁶³⁾ *Direitos Reais...*, p. 171

⁽⁶⁴⁾ *Direito Civil — Reais*, 5.ª edição, Coimbra, 2000, p. 130 e ss.; *Locação...*, p. 375.

suidor deixa de ter a possibilidade de acompanhar a coisa, contra quem não tenha conhecimento do esbulho da coisa (boa fé), sendo então o seu direito não absoluto; contudo, pela nossa parte achamos o argumento de ALBERTO VIEIRA viável, no sentido de estar em causa não *falta* de oponibilidade, mas uma mera *limitação* da oponibilidade⁽⁶⁵⁾ da posse a terceiro de boa fé que, por sua vez, não tem claramente força suficiente para lhe retirar o carácter absoluto.

A favor da primeira concepção⁽⁶⁶⁾, para além da sua pretensa oponibilidade *erga omnes* (nos moldes da desvirtuação do art. 1281.º/2, como enunciado) apontamos os argumentos que nos parecem decisivos⁽⁶⁷⁾: há um poder *directo e imediato* sobre uma coisa; essa coisa é necessariamente corpórea, e só elas podem ser objecto de direitos reais; a natureza provisória da posse por via de conflito com outro direito real não compromete a sua natureza: a propriedade pode ser temporária (1307.º), o usufruto tem duração limitada, e os direitos reais de garantia extinguem-se por vontade do titular pelo pagamento da dívida garantida.

Concluindo: podendo a posse ser entendida como um direito real, a consagração da posse do locatário acarretará, em princípio, a natureza real do seu direito. Se a posse, por si mesma, já implica uma permissão normativa de aproveitamento de coisa corpórea, o direito do locatário, se compreende posse, compreenderá à partida a aludida permissão real.

3) Oponibilidade *erga omnes* do direito do locatário

Embora tenha sido rejeitada por DERRUPÉ⁽⁶⁸⁾ que, após analisar os critérios de distinção entre os créditos e direitos reais, avança que a distinção não se deve

⁽⁶⁵⁾ *Direitos Reais...*, p. 653. A ideia é esta: é a oponibilidade, e não todo o seu carácter absoluto, que surge limitada quanto ao terceiro de boa fé, na medida em que caso a posse seja transferida novamente para outro terceiro de má fé ou retomar ao primitivo esbulhador, a oponibilidade da posse mantém-se e o possuidor pode recuperar a coisa através da acção de restituição.

No mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, p. 267 e ss., embora com argumentação diversa: não é suficiente para negar a sequela ao possuidor por o tratamento dado aos terceiros de boa fé não apresentar uma particularidade tão significativa, tendo em conta que situações paralelas se verificam face a direitos reais em geral quando, para tutela de terceiro de boa fé, é paralísada a reivindicação do titular do direito, nos casos de aquisição tabular.

⁽⁶⁶⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p. 656; MANUEL RODRIGUES, *A Posse*, pp. 38 e ss.; CARVALHO FERNANDES, *op. cit.*, pp. 267 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Não nos parecem decisivos dois argumentos apontados por estes dois últimos autores, no sentido de posse atribuir ao possuidor as faculdades de uso e fruição da coisa (no comodato, ao qual são reconhecidas acções possessórias — art. 1133.º, n.º 2 —, o direito de fruição só surge se convencionalado, art. 1132.º; ou pela inserção da posse no âmbito dos Direitos Reais: direitos reais de garantia encontram-se, no Código Civil, no âmbito de Direito das Obrigações.

⁽⁶⁸⁾ *La nature juridique du droit du preneur à baile t la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1952, p. 221 *apud* MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 71; segundo

apoiar na oponibilidade, a maioria da doutrina continua ligada à ideia de que os direitos reais são oponíveis *erga omnes*, e os créditos *inter partes* ⁽⁶⁹⁾; aliás: trata-se do grande alicerce de OLIVEIRA ASCENSÃO, para confirmar os indícios que recolhe a favor da tese realista ⁽⁷⁰⁾. Assim, cumpre analisar este factor.

A admitirmos uma oponibilidade absoluta do direito do locatário, do contrato de locação deveriam emergir efeitos em relação ao locador, aos adquirentes da coisa e, por fim, a terceiros.

Começando pelos dois primeiros, surge-nos o n.º 2 do art. 1037.º: o locatário pode socorrer-se, para defender a sua própria posse de forma autónoma, não tendo de exhibir o contrato mas tão-só de provar a situação de facto posse, em termos de locação: uma oponibilidade não subsumível nos esquemas das obrigações. Este artigo vale, igualmente, contra os adquirentes da coisa aos quais o locatário não pretenda opor o contrato celebrado por acções pessoais (possível, como já analisado, pelo art. 1057.º, para defesa definitiva da sua posição), mas apenas defender a sua posse, para a qual se dispensa a exibição do contrato de locação. Vindo alguma doutrina, contudo, manifestar a insuficiência da protecção possessória para conferir eficácia absoluta ao direito do locatário ⁽⁷¹⁾, cumpre analisar outros preceitos em que nos possamos apoiar. Para isso, vejamos a oponibilidade do seu direito face a terceiros.

Relativamente a titulares de outros direitos sobre a coisa, o direito do locatário é oponível face a todos os «titulares de direitos reais aos quais possa ser oposto o próprio direito do locador» ⁽⁷²⁾; por via do citado art. 1057.º, também a todos os titulares de direitos reais que se constituam *posteriormente* sobre a

ele, «Quando um direito é criado, constitui um facto social cuja existência se impõe a todos», que sofreria excepções ditadas pela boa fé, na base de institutos como a eficácia externa das obrigações e a posse vale título. Na base do direito do locatário como real, este autor vê, sobretudo, o poder de retirar da coisa vantagens por conta própria.

Rejeitando, igualmente, a oponibilidade como critério de distinção, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 354.

⁽⁶⁹⁾ HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais...*, p. 10; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais...*, p. 50. Tal como já salientámos — p. 7 do presente estudo —, o próprio GIORGIANNI nega o direito do locatário como direito real de gozo por, no seu entender, ele não ser oponível a terceiros de boa fé.

⁽⁷⁰⁾ *Locação...*, p. 373 e 376-377.

⁽⁷¹⁾ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais...*, pp. 149-150, sob a ideia de que ao locatário só é lícito recorrer à tutela possessória após ter ingressado na detenção da coisa e que, por outro lado, o direito a essa protecção se pode extinguir por preclusão do prazo de um ano subsequente ao facto do esbulho (art. 1282.º), sem que se extinga o direito à locação; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação...*, p. 375, salienta mais uma vez a força do art. 1281.º, n.º 2, perante terceiros de boa fé.

⁽⁷²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 121, com exemplo de o locatário, contratante com o usufrutuário, poder fazer valer o seu direito contra o proprietário da coisa.

coisa⁽⁷³⁾; por fim, também por via deste artigo, aos titulares de direitos não reais que se venham a constituir sobre a coisa, posição que, segundo MENEZES CORDEIRO, seria reforçada pela solução do art. 407.º, n.º 1, ao resolver a questão da prevalência dos direitos pessoais de gozo por ordem de antiguidade⁽⁷⁴⁾ — isto é, prevalência do direito relativamente ao qual o acordo das partes se estabeleceu em primeiro lugar. No entanto, face a estas últimas pessoas atingidas, coloca-se um óbice: certa doutrina vem interpretar o n.º 1 do art. 407.º (e, necessariamente, como tal, faz uma interpretação restritiva do art. 1057.º, n.º 1) no sentido de que prevalece o direito do titular que, por sua vez, obteve primeiro o gozo da coisa⁽⁷⁵⁾, à luz dos interesses em jogo. Numa linha paralela, ANDRADE MESQUITA parece chegar à mesma conclusão, por um caminho diferente⁽⁷⁶⁾, mas que desemboca na aplicação do art. 407.º àquele que não só primeiro consegue o cumprimento (entenda-se, que primeiro efectivou um direito *imediate* e *relativo* sobre a coisa) como, acrescente-se, consegue a detenção da própria coisa — salvo, claro está, estiverem em causa regras de registo. Por último, cumpre referir OLIVEIRA ASCENSÃO, que condiciona a aplicação do art. 407.º após ter havido entrega da coisa — por, só a partir desse momento, se poder falar num direito real do arrendatário. Pela nossa parte, não obstante parecer a mais justa, não aderimos à posição deste último autor: a sua solução parece contradizer-se

(73) *Ibid.*, «se a locação subsiste às transmissões do direito do locador, também sobrevive às suas onerações»; e *Tratado...*, p. 564.

Contra, a nosso ver naturalmente, OLIVEIRA ASCENSÃO, pois e este autor sufraga que o direito real do locatário apenas surge no momento da entrega efectiva da coisa (*Locação...*, p. 383), antes da entrega ele ainda não seria um direito real, não prevalecendo sobre outro que, mesmo posteriormente, se constituísse sobre a coisa.

(74) *Ibid.* Também PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, p. 19, avança que, salvo se o arrendamento for registável, prevalece o arrendamento celebrado em primeiro lugar.

(75) HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais...*, p. 141, nota 19: relativamente ao art. 1057.º n.º 1, justifica que a sua solução «afasta ainda o perigo de o alienante de uma coisa, já depois da alienação, celebrar um contrato locativo antedatado, por forma a possibilitar a sua eficácia em relação ao novo proprietário; e p. 154, nota 50. Esta é, de resto, a solução que vigora no direito italiano — art. 1380.º Código Civil, «Se, através de contratos sucessivos, uma pessoa concede a diversos contraentes um direito pessoal de gozo relativo à mesma coisa, o gozo pertence ao contraente que primeiro o conseguir» —, bem como no Anteprojecto do nosso Código Civil.

(76) *Direitos Pessoais de Gozo...*, pp. 153 a 155, e 195-196. A sua linha de raciocínio é bastante interessante, e é basicamente a seguinte: como o art. 407.º não é claro que o direito “mais antigo” seja o correspondente ao contrato primeiramente celebrado, para o definir basta saber qual o momento a partir do qual *se justifica* a prevalência de um direito pessoal de gozo sobre outro: esse momento seria a efectiva constituição da relação de gozo (imediatação), pelo só a partir daí o autor fala num “direito pessoal de gozo *stricto sensu*”, em que já surgiu o núcleo central (conferente de poderes imediatos), ao qual corresponde a categoria autónoma do art. 407.º

a si mesma, quando até o próprio afirma que «...o contrato de arrendamento não é também um contrato real quanto à constituição»⁽⁷⁷⁾.

No que toca às objecções formuladas pelos dois primeiros autores, embora reconheçamos que são vantajosas — impedem o locador de fazer cessar contratos de locação, recorrendo à antedatção fraudulenta de um contrato conflituante e, ainda, possibilitam resolver conflitos de dois arrendamentos, celebrados na mesma data e momento, relativamente à mesma coisa e com sujeitos diferentes — seguimos MENEZES CORDEIRO⁽⁷⁸⁾: a solução do anteprojecto do art. 407.º sobreviveu às revisões ministeriais, mas foi substituída pela solução actual no projecto de 1965 (art. 408.º) — de facto, a regra geral no nosso direito é a simples constituição de direitos, mesmo reais, pela mera celebração do contrato, não podendo tal valoração deixar de funcionar para os direitos pessoais de gozo.

De seguida, na noção de terceiros surgem os credores do locador. Para uma parte da doutrina⁽⁷⁹⁾, a oponibilidade do locatário funcionaria ainda face aos credores do locador pela própria aplicação do art. 1057.º, por maioria de razão (na medida em que a “execução judicial” não se encontra prevista como causa de caducidade da locação no art. 1051.º), pelo que se impõe uma solução incompreensível em sede de natureza creditícia do direito do locatário: este permanece com um direito sobre a coisa durante as vicissitudes da acção executiva, em caso de insolvência do locador, podendo opor o seu direito ao eventual adquirente; em sentido contrário, para aqueles⁽⁸⁰⁾ que entendem ser o art. 1057.º inaplicável à venda da coisa locada em processo executivo — por força do art. 824.º, n.º 2 —, este parece ser, então, um aspecto que lhes falha na defesa da oponibilidade *erga omnes* do direito do locatário.

Para finalizar, ficam-nos as pessoas que não têm qualquer direito sobre a coisa. Sabemos já, que ao nível da situação de facto, o locatário pode defender a sua posse (art. 1037.º, n.º 2); a questão coloca-se relativamente ao seu direito de fundo: na impossibilidade de lançar mão das acções possessórias, como poderá o locatário reaver a coisa. Não obstante alguma doutrina responde afirmativamente⁽⁸¹⁾, no sentido de o locatário poder actuar autonomamente por, no fundo, ninguém conscientemente exige que o locatário tenha de permanecer inerme perante as intromissões a que se refere a última parte do n.º 1 do art. 1037.º,

⁽⁷⁷⁾ *Locação...*, p. 380; é o que faz PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, p. 16, afirmar «...a responsabilidade decorrente da falta de entrega não será pré-contratual, mas contratual».

⁽⁷⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 564.

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*, p. 565; e *Da Natureza...*, p. 121-122.

⁽⁸⁰⁾ HENRIQUE MESQUITA, *op. cit.*, p. 140, nota 18; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação...*, p. 345 e ss.

⁽⁸¹⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 554; e *Da Natureza...*, p. 123; OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 374 a 376.

concretização exposta pelo art. 2.º/2 do CPC — a um direito corresponde, por regra, uma acção —, não partilhamos a mesma posição. A ideia seria a de que, não sendo suficiente a defesa possessória, ao locatário caberia, então, igualmente a defesa petítória (art. 1311.º), podendo invocar directamente o seu direito contra quem quer que arrogue direitos sobre a coisa (cabere-lhe-ia, então, as diligências do art. 1038.º/h), provando em juízo que o locador é o efectivo titular da coisa e que o contrato de locação é válido. Com todo o respeito pela opinião apontada, não a podemos sufragar: seria uma petição de princípio, partir do fim para o início, pois admitir que o locatário possa recorrer à tutela petítória já pressupõe que o consideremos como titular de um direito real de gozo, quando o nosso estudo se baseia, precisamente, nesta averiguação.

Assim, apenas adiantamos o aproveitamento de duas ideias: primeiramente, a do art. 2.º do CPC, pela qual, juntamente à última parte do n.º 1 do art. 1031.º, fundamentamos a possibilidade de o locatário se defender autonomamente, contra actos terceiros que sejam meramente *factuais*; depois, reconhecemos igualmente a precariedade da situação do locatário, se admitirmos que a lei apenas lhe confere uma protecção por via das acções possessórias, quando ele não possa, por qualquer razão (art. 1281.º, n.º 2, ou passagem do prazo do art. 1282.º), recorrer a elas; aderimos, então, a uma outra solução, baseada numa necessidade de intervenção do locador⁽⁸²⁾: a fim de evitar uma contradição insanável entre preceitos (art. 1031.º, alínea *b*)), não se isenta o locador de assegurar a existência do direito em que assenta a locação — ou seja, o locador tem obrigação de reagir contra a pretensão de terceiro, respondendo pelos danos que o locatário venha a sofrer se porventura não cumprir, na medida em que, pela celebração do contrato locativo, assegura implicitamente à contraparte que é titular desse direito, garantindo a titularidade de um direito que lhe permite conceder o gozo da coisa a título de locação. A ideia é a de que não podemos beneficiar de actos manifestamente abusivos: quando um terceiro invoca um direito que, se existir, fará terminar todos os poderes do locatário sobre a coisa, como poderá permitir-se ao locador permanecer inactivo, quando ele pode até ter querido essa situação no intuito de se favorecer com o valor que iria auferir dos dois contratos que, por sua vez, poderia ser bastante superior àquele que teria, posteriormente, de conceder a título de indemnização ao locatário? Parece apenas se exigir, do locador, o mínimo: ele é obrigado a garantir a consistência do direito com as precisas características que lhe atribuiu, no contrato de locação. Trata-se, portanto, de uma interpretação restritiva da parte final do n.º 1 do artigo 1037.º, que fica confinada aos actos materiais ou meramente *factuais*.

(82) Na mesma linha, HENRIQUE MESQUITA, *op. cit.*, pp. 157 a 170; ANDRADE MEDQUITA, *op. cit.*, pp. 209 a 216.

4) Outros elementos

Como elementos inequivocamente apontados pela doutrina como reais, cabe ainda referir:

- a) O tipo de gozo do locatário ⁽⁸³⁾ — a relação gozo é, de facto, um nexo *pessoa-coisa*, pelo aproveitamento natural da coisa: o *uso* pressupõe um aproveitamento natural da coisa que só pode provir da incidência da actividade do sujeito sobre o objecto; na *fruição* (no que respeita aos frutos naturais), é a própria coisa que produz, mercê da actividade do titular do direito de gozo. Ora, não é possível que de um vínculo jurídico entre o locador e o locatário, advenham a estes direitos reais sobre os frutos que nunca passaram pelo património do locador. Não necessariamente dentro do gozo da coisa, surge a faculdade de *transformação* (art. 1036.º, 1273.º e 1092.º), cuja natureza é real se admitirmos que, no primeiro artigo, não se trata de uma prestação de serviço a favor do locador e, no segundo, que se o locatário pode levantar as benfeitorias úteis, é porque delas é proprietário.
- b) As restrições fundamentais ao gozo do locatário são as previstas nos artigos 1027.º e 1038.º/c), pelo que a delimitação negativa do direito do locatário é aferida à própria coisa e não a quaisquer prestações ⁽⁸⁴⁾.
- c) Direito de preferência a favor do arrendatário (art. 1091.º), por se tratar de uma preferência legal e estar munido de inerência e sequela (art. 1410.º), trata-se de um direito real de aquisição; assim, surgindo a preferência legal com o fim instrumental de evitar conflitos entre direitos reais ⁽⁸⁵⁾, seria estranha a sua inclusão em sede de um direito obrigacional.
- d) Extinção pelo não uso ⁽⁸⁶⁾ — estando os direitos reais de gozo não sujeitos a prescrição, mas à sua extinção pelo não uso quando previsto na lei (art. 289.º/3), será que poderemos dar ao art. 1072.º/1 conjugado com o art. 1083.º/1/d) esse alcance? No sentido de resposta afirmativa, joga a ratio dos preceitos em causa: o não uso sanciona a pura inércia do titular do direito, que desperdiça assim o aproveitamento da coisa ⁽⁸⁷⁾;

⁽⁸³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 126 a 128.

⁽⁸⁴⁾ *Idem*, p. 128.

⁽⁸⁵⁾ *Idem*, p. 132, avança como exemplos os artigos 1409.º, 1555.º e 1535.º Na sua ideia: como explicar a permanência de um direito pessoal, se surge afectada uma coisa em termos reais?

⁽⁸⁶⁾ Trata-se de um indício apontado por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação...*, p. 376, que, no entanto, não chega a desenvolver.

⁽⁸⁷⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais...*, p. 464.

no arrendamento, está em causa evitar a desvalorização da coisa que, normalmente, surge associada ao não uso⁽⁸⁸⁾. Não obstante, não deixa de saltar à vista a ausência de homogeneidade quanto aos prazos necessários para a ocorrência do facto extintivo no direito de usufruto, uso e habitação, servidão (vinte anos, art. 1476.º, alínea *c*), 1485.º e 1569.º, n.º 1, alínea *b*)), ou superfície (dez anos, art. 1536.º/1/*a*), face ao prazo mínimo de um ano que o art. 1072.º prescreve.

5) Preceitos sobre a locação explicáveis em sede obrigacional

Para o problema que agora nos ocupa, servem os argumentos apontados pelos defensores do direito do locatário enquanto figura mista (*tertium genus*), no que toca a elementos relevantes da sua natureza pessoal⁽⁸⁹⁾.

- i*) Menção expressa à obrigação de abstenção do locador (primeira parte do n.º 1 do art. 1037.º) — a ideia de que nos direitos reais de gozo não se faz essa menção, relativamente ao proprietário, surtiria que esta obrigação negativa foi considerada como efeito decorrente de uma relação obrigacional, não procede: para aqui, valem as críticas que enunciámos acima⁽⁹⁰⁾, relativamente à consagração do artigo 1037.º, n.º 2.
- ii*) Possibilidade de cessação da posição do locatário por incumprimento das obrigações — a ideia de que esta situação deixaria transparecer algo que seria contrário com a suposta solidez característica dos direitos reais, igualmente não pode vingar: a perpetuidade não é assumida, actualmente, como característica da natureza real de direitos, servindo os argumentos que supra enunciámos⁽⁹¹⁾ para a defesa de que a *provisoriedade* da posse não compromete a sua natureza.

Restam-nos quatro, um pouco mais difíceis de descortinar. São eles:

iii) Noção legal de locação (art. 1022.º)

Para efeito de qualificação da locação como obrigacional ou real, a formulação do Código Civil de 1966 é bastante mais precisa que a

(88) MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, p. 137.

(89) P. 11 do presente estudo.

(90) P. 15.

(91) P. 17.

vigente no Código de Seabra⁽⁹²⁾; dela parece decorrer que a locação não é negócio real: não será *quod constitutionem* (a entrega da coisa não figura como elemento constitutivo da relação negocial, sendo apenas um efeito decorrente do contrato), nem *quod effectum* (o locatário adquire apenas, imediatamente, o direito de crédito de exigir do locatário a entrega da coisa). Admitindo esta ideia como certa, torna-se fácil percebermos certas decorrências: para obter a entrega da coisa, o locatário terá unicamente acção contra o locador, e não contra o terceiro seu possuidor⁽⁹³⁾; a locação de coisa alheia será válida, havendo apenas incumprimento pelo locador se tal influenciar o gozo do locatário (art. 1034.º, n.º 2).

iv) Permanente ligação da posição jurídica do locatário ao contrato locativo

Sabemos que no âmbito das obrigações impera a autonomia privada (art. 405.º), cujo vínculo relacional é estabelecido livremente pelos sujeitos em tudo o que não seja regulado por preceitos imperativos; desta forma, diferentemente dos direitos reais, caracterizados por o seu regime se encontrar taxativamente fixado na lei (art. 1306.º)⁽⁹⁴⁾ e, portanto, não dependendo do seu título constitutivo⁽⁹⁵⁾, do facto de a *extinção, renovação e transmissão* da locação serem reportadas, por lei, ao contrato que a fundou, poderemos afirmar que este panorama se coaduna melhor no âmbito obrigacional.

Por outro lado: repare-se que em nenhum direito real de gozo se extingue por violação do contrato que o fundou⁽⁹⁶⁾, ao invés do próprio sentido do art. 1083.º enquanto fundamento do direito de resolução do contrato de locação.

v) Impossibilidade de o locatário poder hipotecar o seu direito

Este argumento tem duas faces, parecendo servir para reforçar tanto a natureza real, como pessoal do direito em causa. Apesar de não ser decisivo, inclinamo-nos, todavia, para o segundo. À primeira vista ele não procederá: basta atentar no direito real de uso e habi-

⁽⁹²⁾ Art. 1595.º, «alguém *trespassa* a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuição, o uso e a fruição de certa coisa»

⁽⁹³⁾ Foi a decisão do Ac. STJ de 19 de Fevereiro de 1974, Proc. 065048, relator ABEL DE CAMPOS.

⁽⁹⁴⁾ Como exemplos, *vide* os artigos 1476.º, 1569.º e 730.º

⁽⁹⁵⁾ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais...*, p. 171, afirma «O título, seja qual for a sua natureza (negócio jurídico, usucapião, ocupação, etc.), desempenha apenas, em relação ao direito, uma função matriarcal ou genética.

⁽⁹⁶⁾ *Vide* artigos 673.º e 1482.º, que apenas referem o direito a uma caução.

tação, que também não permite a oneração (art. 1488.º) — não sendo transmissíveis, este direito não poderá ser onerado por qualquer garantia real; mas, por um lado, a sua *ratio* vai no sentido de se tratar de um «...corolário do carácter estritamente pessoal do direito»⁽⁹⁷⁾ e, por outro, admitindo essa ideia torna-se bastante mais fácil ver o direito do arrendatário como *intuitu personae*, concretizado pela necessidade de autorização do locador⁽⁹⁸⁾ para prática de actos relativos ao gozo ou benfeitorização da coisa — art. 1038.º/f) — (se o direito fosse real, haveria uma autonomia total em relação à coisa), e para a sublocação — art. 1061.º e 1038.º/b).

- vi) Soluções de regime que afastam o direito em causa de um direito real: forma e risco.

Na perspectiva do legislador, ao que tudo indica a locação parece permanecer como obrigacional⁽⁹⁹⁾. Para não falar na sede normativa do instituto (não no Direito das Coisas), surgem normas que aparentam constituir desvios dificilmente explicáveis face ao regime dos direitos reais.

Primeiramente, no que concerne às normas respeitantes à forma do contrato de locação: nos termos do art. 2.º, n.º 1, alínea *m*), do Código do Registo Predial, apenas os arrendamentos superiores a seis anos estão sujeitos a registo, vindo então contrariar todo um sistema que se baseia em aferir a existência e titularidade dos direitos reais que indicam sobre prédios: pelo art. 2.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do Registo Predial, todos os direitos reais de gozo se encontram submetidos a registo. Parece claro que, caso o legislador tivesse perspectivado a locação como direito real, exigiria o registo para todos os contratos de locação de imóveis ou móveis registáveis.

Em segundo lugar, a matéria de risco: não sendo, como demonstrámos, a locação um contrato com eficácia real, para os contratos com prestações recíprocas vale o art. 795.º/1, ficando o credor desobrigado da contraprestação. Ora, ao que tudo indica, o locatário tem o gozo da coisa, mas não corre o risco (claro está, se a causa não lhe for impu-

⁽⁹⁷⁾ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, art. 1488.º, acrescentam: «...envolvendo o uso e habitação a ideia de uso *directo* da coisa, e consumo *directo* dos frutos, a sua transmissão como que colidia com a natureza do direito».

⁽⁹⁸⁾ Este é, aliás, um argumento que mesmo MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 120, em sede de defesa do direito do locatário como real, não deixa de assumir como relevante para esvaziar o conteúdo que os defensores realistas tenderiam a conferir à oponibilidade do direito do locatário ao sublocatário.

⁽⁹⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação...*, p. 367; e HENRIQUE MESQUITA, *op. cit.*, pp. 177-178.

tável, art. 1044.º): este seria suportado pelo locador, que não só perde o seu direito sobre a coisa como o direito à contraprestação do locatário (art. 1051.º, alínea e)). Contra este entendimento, MENEZES CORDEIRO⁽¹⁰⁰⁾ parece inverter o argumento: sendo o direito real inerente a coisa corpórea, o direito do locatário é real precisamente por não sobreviver face à perda da coisa (art. 1051.º, n.º 1, alínea e), e, quanto ao risco, ele correria pelos dois, na exacta proporção dos seus direitos, pois «...o locador perde as rendas e o locatário o gozo da coisa». No entanto, não sufragamos esta última posição: o risco só corre por conta dos dois se o locatário fosse obrigado a pagar parte da renda⁽¹⁰¹⁾, por via da sua ligação com a coisa; na verdade, não se vê qual o risco suportado pelo locatário se ele fica na mesma situação em que estaria caso o contrato tivesse chegado ao fim pelo prazo estipulado.

Desta forma, para concluir: face a estas evidências, o único argumento que os realistas poderiam invocar a seu favor seria, mais uma vez, o propugnado por OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹⁰²⁾: não poder optar-se pela disciplina das obrigações, unicamente por o legislador, a quem não cabe resolver questões científicas, continuar a ver na relação locativa uma dominante obrigacional.

4. SÍNTESE ESTRUTURAL DA POSIÇÃO DE AUTORES

Chegados a este ponto, façamos uma breve síntese das posições que consideramos mais relevantes para podermos também nós mesmos concluir pela resposta a que nos propusemos na presente investigação (não tendo em conta as já abandonadas teses creditórias).

Para GIORGIANNI, estaríamos perante um direito pessoal de gozo por haver, de facto, um direito de gozo autónomo de qualquer prestação, ao qual a falta de inerência, concretizada pela oponibilidade limitada, lhe retira o carácter real.

Para MENEZES CORDEIRO, que em *Da natureza do direito do locatário* defendeu que o direito do locatário, em conjunto com a generalidade dos outros

⁽¹⁰⁰⁾ *Apud* ANDRADE MESQUITA, *op. cit.*, p. 152, nota 247.

⁽¹⁰¹⁾ VAZ SERRA, in *separata*, n.º 46, do BMJ, p. 85, *apud* HENRIQUE MESQUITA, *op. cit.*, p. 181, nota 98: «Nos contratos de transferência ou constituição de direitos reais, pode afirmar-se que o alienante tem direito à contraprestação, porque fez a sua principal prestação (transferência ou constituição por força do contrato)».

⁽¹⁰²⁾ *Locação...*, p. 367, ao qual adere PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, p. 21. Pela nossa parte: páginas 10 e 13, do presente estudo.

direitos pessoais de gozo, tinha natureza real de gozo — pelo facto de o regime da locação proporcionar ao locatário, de forma directa e em termos oponíveis *erga omnes*, o aproveitamento de uma coisa corpórea (*inerência*), que até confere ao locatário a possibilidade de por meios jurídicos aproveitar a coisa onde quer que ela esteja (*sequela*). Desde há treze anos para cá, porém, abandonou essa posição em *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais* ⁽¹⁰³⁾: confere irrelevância ao núcleo do direito do locatário ser estruturalmente real (gozo directo e defendido da coisa por via da sua actividade), por admitir que a contraposição entre direitos reais e direitos de crédito não é racional, mas justificada por uma clivagem histórico-cultural: no direito romano certos direitos se defenderem através de *actiones in rem* ⁽¹⁰⁴⁾, enquanto outros, estruturalmente similares, davam azo a *actiones in personam*. O direito do locatário seria então, um direito de gozo, estruturalmente real, mas que por provir de situações jurídicas defendidas no Direito romano por *actiones in personam*, não são então actualmente reconhecidos como reais.

Não podemos deixar de referir ANDRADE MESQUITA, por adoptar uma construção pioneira ⁽¹⁰⁵⁾: admitindo que, tal como os direitos reais, os direitos pessoais de gozo possibilitam a utilização directa de uma coisa, presente no direito do locatário, rejeita este último como real por lhe faltar a absolutidade estrutural ⁽¹⁰⁶⁾. Para tal, tenta demonstrar, primeiramente, como a absolutidade é característica de todos os direitos reais — argumenta no sentido de não admitir a servidão de vistas como direito real relativo, ou os direitos potestativos como crédito estruturalmente absolutos ⁽¹⁰⁷⁾ — para, de seguida, demonstrar a estrutura relativa dos direitos pessoais de gozo ⁽¹⁰⁸⁾.

5. ARGUMENTOS EM CONFRONTO

Cabe tomar posição.

- i. Face a GIORGIANNI, seguimos o já exposto: não vemos como o art. 1057.º, n.º 1, não possa significar outra coisa senão *inerência* do

⁽¹⁰³⁾ P. 72-73; *vide*, também, *Tratado de Direito Civil Português, II, Tomo I*, p. 561.

⁽¹⁰⁴⁾ A este argumento histórico adere MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, p. 109.

⁽¹⁰⁵⁾ Contra, MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais — sumários*, pp. 64 e 65; e MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 107, que rejeita qualquer pretensa estrutura relativa dos direitos pessoais de gozo.

⁽¹⁰⁶⁾ *Direitos pessoais de gozo...*, p. 165.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 124 a 128. Contra, MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*

⁽¹⁰⁸⁾ *Op. cit.*, p. 155 a 163.

direito do locatário à coisa: o proprietário que dispõe do seu direito transmite-o limitado por um direito, tal e como sucederia se respeitasse a um direito real menor; o locador que transmite o direito que serviu de base ao contrato de locação transmite-o, então, limitado pelo direito do locatário.

- ii. Quanto a ANDRADE MESQUITA, temos alguma dificuldade em sufragar a sua posição. Por duas razões: ainda que possamos perspectivar o direito potestativo, apontado pela maioria da doutrina enquanto crédito absoluto, como um direito estruturalmente relativo — porque implicaria uma relação jurídica com outra pessoa, vinculada a uma *sujeição* correspondente ao conteúdo do direito —, afigura-se já mais estranho não só admitir as servidões negativas como estruturalmente absolutas, bem como propugnar que os direitos pessoais de gozo desfrutam de uma *estrutura relativa*.

A primeira, pois mesmo que não digamos que o direito se realiza, não pelo contacto da pessoa com a coisa, mas pela abstenção do titular do prédio serviente ⁽¹⁰⁹⁾ (isto é, que o *conteúdo* do direito de servidão negativa não é o *non facere* do proprietário do prédio serviente, mas a utilidade concreta afecta ao titular, que respeita ao prédio serviente e não a uma prestação) — sendo o dever de *non facere* uma mera *consequência* da atribuição, pela servidão, do aproveitamento de uma dada utilidade da coisa corpórea, que se impõe a qualquer pessoa —, a verdade é que restaria perguntar, então, que tipo de direito real eles seriam, dado que não se poderiam assumir como direitos reais de gozo: o aproveitamento da utilidade da coisa faz-se pela restrição dos direitos de gozo existentes sobre o prédio serviente, não supondo nenhuma actuação do titular da servidão sobre a coisa.

A segunda, pois pudemos verificar que o que está em causa é uma diferente perspectiva dos autores, no que toca ao conceito de “estrutura relativa”: claro que, no seguimento de ANDRADE MESQUITA, conseguimos reconhecer que o direito do locatário não possa surgir independentemente de qualquer relação jurídica com outro sujeito (ao invés da maioria dos direitos reais, que se afirmam usucapíveis), bem como que o art. 1051.º, alínea c), faz prever que a relação locatícia não subsiste sem que exista, como seu fundamento, uma relação jurídica do locatário com o titular de um direito que tenha amplitude suficiente para lhe dar lugar; mas, por outro lado, se concebermos

(109) JOSE ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 853-854.

essa estrutura não na forma da constituição ou extinção do direito, mas a maneira como o gozo é auferido, então, como tivemos oportunidade de demonstrar várias vezes, o direito do locatário recai imediatamente sobre uma coisa, não necessitando da coisa, por via da sua actividade e não por qualquer prestação.

- iii. Quanto a MENEZES CORDEIRO, sem querermos discordar de que a sua solução seja correcta para conseguir explicar o tratamento do direito do locatário como direito pessoal de gozo, questionamo-nos, no entanto, se ela poderá ser definitiva⁽¹¹⁰⁾. Em nossa opinião, a solução apresentada por este autor, embora válida, poderá efectivamente não durar para sempre: ser este o único argumento definitivo, equivaleria a considerar que a ciência jurídica se perpetuou na história, obrigando-nos a manter o mesmo pensamento dos romanos; isto, porque por outras figuras talvez possamos demonstrar que a ligação do direito real à tão valorada *actio in rem* está progressivamente a perder terreno. Veja-se, como exemplo, a respeito do conceito de direito real: embora do início do século XIX algumas vozes ainda caracterizassem este direito através da *vindicatio*, ele foi perdendo aquela ligação a partir do momento em que assistimos à possibilidade de certos direitos poderem vir a ser exercidos por meios que não são acções reais, impedindo-nos de falar em direitos reais por referência a um modo específico de tutela real: a *acção executiva*, nos direitos reais de garantia, e a *acção judicial constitutiva* (acção declarativa constitutiva — art. 4.º, n.º 2, alínea c) —, cumulável com pedido de restituição, a instaurar em litisconsorcio necessário contra alienante e terceiro adquirente), nos direitos reais de aquisição⁽¹¹¹⁾. Por outro lado, também nada impede que a posse venha a ser incluída no *numerus clausus* das figuras reais: veja-se a evolução tomada a respeito da contraposição entre posse de *facto* e posse de *direito*.

Desta forma, em nossa opinião existem actualmente mais elementos, que não só esta ligação histórica dos direitos pessoais de gozo, que nos impedem ainda de qualificarmos o direito do locatário como

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 652.

⁽¹¹¹⁾ Atendendo à posição que achamos mais correcta, no âmbito do contrato-promessa com eficácia real: a de MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 515. Contra, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, tomo II, p. 449, que sufraga uma “reivindicação adaptada” contra o actual possuidor da coisa. Acompanhamos o primeiro autor: «a reivindicação... (é) uma acção real condenatória, destinada a reconhecer um direito real e reclamar a restituição da coisa que é seu objecto, não tendo assim natureza constitutiva (4.º/2/c CPC), enquanto o exercício da eficácia real tem de revestir essa natureza, uma vez que através dela se procede à aquisição potestativa do direito real».

direito real de gozo: vejam-se os elementos apontados nos pontos *iii*), *iv*), *v*) e *vi*), em 5).

- iv*. Por fim, relativamente a OLIVEIRA ASCENSÃO: o seu argumento principal vai no sentido de admitir a oponibilidade absoluta do direito do locatário, o qual conseguiria opôr o seu direito a terceiros por via da acção de reivindicação, aparentemente permitida ao abrigo do art. 1037.º, n.º 1. Já tivemos oportunidade de negar o recurso à acção petítória pelo locatário e, por outro lado, não vemos como este possa ser um factor relevante para distinguir os direitos reais dos direitos de crédito.

6. CONCLUSÕES

Como primeira conclusão que pudemos auferir, afirmamos: a resposta à investigação em curso depende, sem dúvida e de forma decisiva, não só das características que são consideradas como gerais dos direitos de crédito, como do conceito de direito real que cada um adopte; Vejamos:

- a*) Sufragando a teoria clássica, o direito do locatário será naturalmente real, por contraposição aos direitos de crédito que se inversamente caracterizariam pela mediação — havendo um *poder directo e imediato sobre uma coisa corpórea*⁽¹¹²⁾, torna-se claro que o locatário, a partir do momento em que a coisa lhe é entregue, exerce o seu direito de gozo independentemente da colaboração de quem quer que seja (foi, aliás, o que nos permitiu afastar as teses creditícias, ao fazerem decorrer o gozo de prestações do locador).
- b*) Se exigirmos a *absolutidade* ao nível da oponibilidade⁽¹¹³⁾ como característica distintiva face aos direitos de crédito, o direito do locatário não será real, na medida em que, face a terceiros que se arroguem de um direito sobre a coisa que ainda não foi entregue ao locatário ou que, por qualquer causa, ele está impedido de exercer acções possessórias, não admitimos que ele possa recorrer, como nos restantes direitos reais de gozo, à acção de reivindicação (art. 1311.º e 1315.º), não conseguindo fazer valer de forma autónoma o seu direito sobre a coisa;

⁽¹¹²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, tomo I, p. 334.

⁽¹¹³⁾ É o que fazem OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, p. 45, e MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 50.

- c) Se o vimos como todo aquele que, sendo *estruturalmente absoluto*, atribui imediatamente utilidades de uma coisa corpórea, o direito do locatário não será real, na medida em que o Código Civil não prevê possibilidade de usucapir nenhum direito pessoal de gozo, bem como o artigo 1051.º/c) faz prever que a relação locatícia não subsiste sem que exista, como seu fundamento, uma relação jurídica do locatário;
- d) Por fim, caso o entendamos como direito subjectivo, mas pelo qual há uma *inclusão da coisa corpórea na estrutura do direito*, por o direito real ter a coisa por objecto, também teríamos de negar a natureza real do direito: normalmente, o locatário só teria acesso à coisa após a entrega do obrigado, pelo que esse direito não é real na medida em que não há um direito a uma coisa que confira imediação — haveria, apenas, um direito à entrega de uma coisa, a partir da qual já poderia haver imediação mas, antes dela, apenas subsistiria uma fase creditória que impediria o direito de se enquadrar no campo da realidade.

Pela nossa parte, as concepções das alíneas *a)*, *b)* e *c)* acima referidas são de rejeitar. Face à primeira, evidencia-se inadequada não só por via da negação da *mediação* como característica global dos direitos de crédito, como pela evidência da carência de imediação por parte dos direitos reais de garantia; relativamente à segunda, basta atentarmos na existência de direitos reais que perdem a sua oponibilidade absoluta (artigos 5.º, 17.º, n.º 2, 122.º do Código de Registo Predial e 291.º) como direitos de crédito que podem ser actuados contra terceiros⁽¹¹⁴⁾; por fim, defronte da teceria: concebemos igualmente casos de direitos reais em que a extinção do direito onerado implica a extinção do direito onerador⁽¹¹⁵⁾.

Entendemos⁽¹¹⁶⁾, antes, o direito real como permissão normativa específica de aproveitamento de coisa corpórea, mas na qual a coisa surge de tal forma integrada na estrutura desse direito, que o seu aproveitamento dispensa qualquer colaboração de um devedor. Ao adoptarmos esta concepção, deparamo-nos logo com o que consideramos um preponderante obstáculo à natureza real do direito do locatário: o facto incontornável de, até à entrega da coisa, ele apenas poder recorrer à acção de cumprimento (art. 817.º) — e não à acção de reivindicação pela mera celebração do contrato, como nos restantes direitos reais de gozo — para conseguir a coisa; é o que nos faz pensar que, ao que tudo indica, a coisa

⁽¹¹⁴⁾ Vide artigos 336.º, 606.º n.º 1, e 610.º, n.º 1.

⁽¹¹⁵⁾ Vide artigos 699.º, n.º 2, 1460.º, n.º 1, e 1539.º, n.º 1.

⁽¹¹⁶⁾ É a noção dada por MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza...*, p. 23, à qual JOSE ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 97, e nós próprios, acrescentamos a implicação da coisa na estrutura do direito.

não integra o conteúdo do seu direito⁽¹¹⁷⁾, de tal forma que o locatário apenas poderá dispor de um poder directo e imediato sobre a coisa após ingressar na sua posse, por via da colaboração (art. 1031.º/b) do locador.

Aparentemente, as únicas formas de contornar esta situação, seriam duas: constituto possessório (art. 1264.º), ou transmissão da posse por contrato; não são decisivas, pois vejamos: a primeira, pois mesmo que dispense uma formal “segunda entrega” da coisa, é certo que o locatário, a ser, por exemplo, esbulhado e tendo então a posse nos termos do seu direito, conseguiria defender não o seu direito de *fundo*, mas o seu direito somente no âmbito *possessório*; a segunda, porque é claramente inviável que a posse se possa transmitir nos termos do art. 408.º, n.º 1 (repare-se no primeiro elemento que indicámos, por exemplo: para o constituto possessório, não basta a celebração de um contrato válido, sendo ainda necessário a existência de uma causa jurídica que justifique a detenção da coisa).

Não obstante, cabe ainda referir um ponto importantíssimo, para nós a maior lição que pudemos extrair da elaboração da presente investigação — uma outra forma de contornar a situação decisiva acima demonstrada, enquanto perspectiva completamente solta da letra da lei.

Debruçando-nos sobre a jurisprudência, vem a sua maioria, de forma clara, recusar a *acção de reivindicação* ao locatário, precisamente por se afirmar como uma acção vocacionada para os direitos reais de gozo. No entanto, a ideia seria verificarmos se, na prática, isso será justo: fará sentido um locatário que se veja impedido de recorrer às acções possessórias (em que a posse até poderá depender, muitas vezes, de acção do próprio locador, ao analisarmos o art. 1263.º), não se poder apoiar em qualquer acção para defender o seu direito? Pela lógica, a fim de não cairmos em petição de princípio, a resposta seria negativa: se estamos precisamente a discutir a natureza de um direito, não poderíamos à partida reconhecer uma acção a esse direito que, só por si, está vocacionada para determinados tipos de direitos. Mas é nesta ideia que encontramos o cerne da questão — *conceptualismos*. Servindo os conceitos para organizar o pensamento e melhor exprimir a realidade, sabemos que não é o inverso — conformar-se a realidade aos conceitos — que sucede nem deve suceder. Ora, em boa verdade, não obstante a verificação da acção de reivindicação no Código Civil, correspondendo-lhe um *nomen juris*, ela não se identifica com qualquer forma particular de processo: não é por isso que deixa de ser, nada mais nada menos, que uma simples acção de condenação baseada na violação de um direito (art. 4.º, n.º 2, alínea b), CPC). Por conseguinte, atribuindo-se ao locatário um direito, e a todo o direito correspondendo uma acção (art. 2.º, n.º 2, CPC), denominar-

⁽¹¹⁷⁾ Daí no direito romano os direitos pessoais de gozo serem defendidos por *actio in personam*, pois a coisa não pertencia à estrutura do seu direito.

mos “reivindicação” à acção de defesa desse direito nada mais se trata do que de meros conceptualismos.

Vejam os outros exemplos: se pensarmos da defesa dos direitos de personalidade (art. 70.º, n.º 2), essas acções não detêm um *nomen jûris*; resultado: sendo alguma delas intentada sob a referência de “reivindicação do direito ao bom nome”, pedindo, como qualquer outra acção declarativa condenatória, o reconhecimento do seu direito e a condenação do réu na abstenção da sua violação (art. 4.º, n.º 2, alínea b), CPC), não é por isso que a sua petição será inepta, podendo muito bem a acção proceder.

Na prática, se quisermos evitar toda esta prévia querela: proposta a acção e não lhe chamando reivindicação, estando então presente *acção atípica*, muito provavelmente obter-se-á a decisão de mérito obviando a discussão da natureza real do direito. Portanto, primeiramente tentar procurar a solução justa, para de seguida, por uma qualquer forma conseguir aplicá-la em teoria, mesmo que fiquem em causa estes mesmos conceptualismos. Mais uma vez: a *primazia da materialidade subjacente*, em detrimento de meras classificações teóricas.

Não obstante o acima articulado, numa perspectiva mais teórica tudo isto nos leva, então, à conclusão: cingindo-nos à letra da lei, o locatário não poderá fazer valer o seu direito à coisa, antes da entrega da mesma. E se o núcleo do direito pessoal de gozo, ao invés de uma prestação principal, é substituído por uma permissão virada para a coisa corpórea⁽¹¹⁸⁾, então será o próprio direito pessoal de gozo que apenas surge com a entrega da coisa.

Como segunda conclusão, que o direito do locatário como *direito pessoal de gozo*:

- Decorre de outros elementos do seu regime, que não a falta de oponibilidade *erga omnes* ou (unicamente) a ligação à *actio in rem*;
- Revelam, antes: a impossibilidade de o locatário hipotecar o seu direito, permanente ligação da posição do locatário ao contrato, não enquadramento da locação como contrato real quanto aos efeitos ou quanto à constituição, inexistência de tipicidade de direitos pessoais de gozo;
- É claramente como tal visto pelo legislador, se atentarmos à sua noção (art. 1022.º), formalidades (art. 2.º/1/m) CRP) e regime do risco (art. 795.º, 1040.º, 1051.º e);
- Não deixa de o ser (contrariamente ao entendimento de GIORGIANNI) por deter inerência, concretizada pelo art. 1057.º;
- Não é estruturalmente relativo, no que toca ao modo de auferir o gozo da coisa: após a entrega verifica-se, de facto, imediação, que lhe confere o estatuto de “direito de gozo”;

(118) MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* tomo I, pp. 305 e 338.

- Sofre aparentemente perda da sua natureza por indícios como tutela possessória (art. 1037.º, n.º 2), inerência (art. 1057.º), tipo de gozo (imedição), prevalência (art. 407.º) e direito de preferência (art. 1091.º), mas que, autonomamente, não conseguem ter força suficiente para impor a natureza real do direito.

Como última conclusão: a grande dificuldade da natureza do locatário resulta da necessidade de dar uma resposta conceitual (direito real ou direito de crédito) quando, historicamente, a evolução não é célere nem definitiva: o ponto de partida histórico é-nos dado por uma figura de locação em que a dependência do locatário é grande em relação ao locador para, à chegada, nos ser dado por uma progressiva autonomia da posição daquele.

Por outro lado, o incremento contínuo dos poderes do locatário reflecte-se na *amplitude dos seus direitos e na segurança da sua ligação à coisa*⁽¹¹⁹⁾.

Desta forma, apenas cabe perguntar: “em que ponto de evolução nos encontramos?”.

Por raciocínio, o direito do locatário é, claramente, um direito misto e, para além de deter alguns aspectos do seu regime que parecem coadunar-se melhor do estudo de Direito das Cosias, o facto de se tratar do direito obrigacional cujo gozo é mais intenso, faz-nos crer que embora por enquanto seja tratado como direito pessoal de gozo, nada impede que esteja a evoluir no sentido de um verdadeiro direito real de gozo.

Parece-nos que tudo indica para uma tendência⁽¹²⁰⁾ para fortalecer a posição jurídica do locatário, aproximando o seu direito da natureza real; no entanto, como o regime actualmente vigente não permite (ainda) afirmá-lo como inequivocamente real, ele subsiste por enquanto como *direito pessoal de gozo*, isto é, uma figura *sui generis*, que igualmente não se afirma como meramente obrigacional: o gozo no seu conteúdo deixa transparecer a *imedição* e, de facto, os únicos direitos de crédito concebíveis com essa figura não são outros, senão apenas os direitos pessoais de gozo.

Lisboa, 30 de Setembro de 2011.

⁽¹¹⁹⁾ Repare-se que, igualmente, face ao superficiário se assistiu à consolidação da sua posição por uma modificação do direito pessoal para real.

⁽¹²⁰⁾ Relativamente ao arrendamento, ela é bem mais fortalecida se considerarmos o fenómeno do *Vinculismo*: conjunto de regras, a partir de 1910, e 1974 até 1990, que historicamente se têm vindo a acumular, com o intuito de proteger o arrendatário.