

Fernando Jorge da Costa Mota Nunes

**O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de  
Construção de Imóveis**

PORTO

2012



Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

Faculdade de Direito – Escola do Porto

**O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada  
de Construção de Imóveis**

POR

Fernando Jorge da Costa Mota Nunes

Dissertação de Mestrado em Direito Privado

Sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Brandão Proença

PORTO

2012

Aos meus pais

## **Agradecimentos**

Ao longo do nosso percurso académico, o qual veio agora a culminar com a realização desta tese de mestrado, e à laia de balanço, muitas foram as pessoas que, direta ou indiretamente, nos acompanharam, encorajaram e apoiaram a percorrer este caminho. Aqui fica, no geral, registada a nossa gratidão.

Gostaríamos, em particular, de expressar o nosso profundo agradecimento ao Senhor Professor Doutor José Carlos Brandão Proença, por nos honrar com a sua orientação e pela disponibilidade e partilha de conhecimentos durante a conceção e execução desta dissertação. Foi uma honra termos sido seu aluno e orientado.

Uma palavra especial de agradecimento é também devida ao Dr. Rodrigo Ferreira, nossa referência na advocacia, pelos preciosos e eruditos saberes jurídicos transmitidos durante a fase do nosso estágio, os quais seguramente terão contribuído para enriquecer esta tese e, ainda pela disponibilidade, confiança e palavra amiga que sempre teve para connosco. Foi uma honra termos sido seu estagiário.

Agradecemos também a todos aqueles que marcaram o nosso percurso profissional e, são eles todos os sócios, associados, advogados-estagiários e secretariado da sociedade Jorge Carneiro & Associados, RL. Agradecemos, em particular, ao nosso patrono Dr. Jorge Carneiro.

Dirigimos ainda uma palavra de agradecimento a todos os nossos amigos que foram uma presença constante e incansável ao longo do nosso percurso pessoal, académico e profissional e cujos momentos partilhados recordamos com grande estima e carinho.

Um agradecimento especial é dirigido ao nosso amigo Carlos José a quem, numa sociedade marcada por constantes encontros e desencontros, nos liga uma estimável e sincera amizade cuja génese radica nos bancos da pré-escola.

Uma palavra final de agradecimento é ainda devida à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e a todos os seus docentes e funcionários pela calorosa recepção que nos proporcionou e pelos doutos conhecimentos partilhados que nos permitiram chegar aquilo que hoje somos.

## Lista de Abreviaturas

al.	alínea
art. (arts.)	Artigo(s)
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cap.	Capítulo
CDP	Cadernos de Direito Privado
Cfr.	Confronte
cit.	Citada
CJ	Colectânea de Jurisprudência
Ed.	Edição
n.º(s)	Número(s)
ob.	Obra
p.	Página
pp.	Páginas
Proc.	Processo
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	Seguintes
Vol.	Volume

## Sumário

1. Introdução .....	8
2. Direito de Retenção .....	9
2.1. Breve nota histórica .....	9
2.2. A receção do Direito de Retenção pelo Código Civil de 1966.....	11
2.2.1. Caracterização e função.....	11
2.2.2. Regime Jurídico .....	18
2.2.3. Pressupostos de admissibilidade do Direito de Retenção .....	20
3. Análise de um Caso Particular.....	26
3.1. O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis .....	26
3.2. Da medida do crédito garantido pelo Empreiteiro .....	39
3.3. Da (in)existência do direito de retenção a favor do Subempreiteiro face ao Dono da Obra como forma de garantia de créditos de que seja titular perante o Empreiteiro .....	42
4. Conclusão .....	45
Índice de Jurisprudência .....	47
Bibliografia.....	49

## 1. Introdução

O tema proposto à análise, o direito de retenção do empreiteiro na empreitada de construção de imóveis, consubstancia uma das questões mais controvertidas a propósito do direito de retenção. E, pese embora haver doutrina importante a afirmar que a problemática *supra* enunciada “*se encontra praticamente encerrada*”, a verdade é que pela revisão da literatura que aborda o tema confirmamos a existência, tanto na doutrina como na jurisprudência, de opiniões distintas a propósito da atribuição ao empreiteiro do direito de retenção.

Desta sorte, assumimos como objetivo principal deste estudo a recolha de reflexões feitas, quer no domínio do Código de Seabra, quer durante a vigência do atual Código Civil, relativas ao tema sob análise e – perdoe-se-nos a ousadia – apresentaremos ainda uma visão pessoal sobre certas questões que reputamos importantes, ou que não têm merecido da doutrina a atenção devida, esperando assim contribuir, ainda que modestamente, para uma melhor compreensão desta *vexata quaestio*.

Para alcançar tal desiderato, o percurso que nos propomos palmilhar contará, numa primeira fase, com uma breve referência histórica acerca do direito de retenção, para depois procedermos à análise dos aspetos gerais do referido instituto. Numa segunda fase, analisaremos a questão matriz do nosso estudo, onde nos iremos pronunciar acerca da existência – ou não – do direito de retenção a favor do empreiteiro sobre a obra construída e, em caso afirmativo, qual a medida do crédito garantido. Finalmente, abordaremos, sumariamente, a questão de saber se o subempreiteiro goza de idêntica garantia real face ao dono da obra para garantia de créditos de que seja titular perante o empreiteiro.

## 2. Direito de Retenção

### 2.1. Breve nota histórica

O instituto do direito de retenção, que a nossa lei prevê nos arts. 754.º e ss.<sup>1</sup>, recorda a velha *pignoratío privada*<sup>2</sup>, que era um instituto de Direito Romano que permitia ao devedor da entrega uma atuação direta sobre os bens do seu credor de forma a obter a satisfação do seu crédito, no caso de este último ser também devedor do primeiro<sup>3</sup>.

Sucedo que, este modo de fazer justiça a si mesmo, cuja *ratio* era o sentimento individual vindicativo do ofendido<sup>4</sup>, foi-se restringindo ao longo dos tempos, com a crescente afirmação e aceitação do princípio segundo o qual fazer justiça é uma das competências próprias do Estado. Porventura, assim se explica, aliás, que, devido ao crescer da aversão por este instituto de justiça privada, o Código Civil de 1867 não consagrasse a essa figura nenhuma divisão especial, apenas se referindo ao direito de retenção em preceitos isolados e dispersos e, como consequência desse tratamento de índole excessivamente casuística, admitia-o em certos casos e noutros não, mesmo que neste outros concorressem as mesmas razões que nos primeiros levavam à concessão de

---

<sup>1</sup> São do Código Civil os artigos indicados apenas pela numeração.

<sup>2</sup> Cfr. VAZ SERRA, “Direito de Retenção”, BMJ, n.º 65, 1957, pp. 103 e ss.

<sup>3</sup> Assim, por exemplo, VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 149, para quem o direito de retenção é “*a forma modernizada do velho instituto da pignoratío*”.

Refira-se, porém, que apesar de ser no Direito Romano que o *jus retentionis* radica a sua génese, o Direito Romano primitivo, revestindo a forma processual *legis actiones*, não conheceu o *jus retentionis*, pois como observa CARNEIRO PACHECO, *Do Direito de retenção na legislação portuguesa*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1911, pp. 23 e 24, este direito tinha como primordial fundamento um princípio de equidade, ao passo que naquele sistema processual ao Juiz incumbia-lhe absolver ou condenar pela rigorosa aplicação do *jus civile*. Uma coisa, pelo menos, pode considerar-se insofismável: foi por autoridade do Pretor, que com a *Lex Aebutia* se tornou uma verdadeira fonte de direito privado, que foi introduzido o direito de retenção, o qual surgiu como uma aplicação da *exceptio doli mali* – a qual consubstancia uma meio processual pelo qual o Pretor realizou a maior parte das suas reformas fundadas na equidade – para obstar que o credor da entrega de uma coisa sobre a qual ou à qual tivesse direito a recuperasse antes de ter satisfeito as despesas ligadas à detenção da mesma – cfr., CARNEIRO PACHECO, *ob. cit.*, pág. 24 (este autor trata com grande desenvolvimento a evolução histórica do direito de retenção).

<sup>4</sup> Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 146.

tal direito<sup>5</sup>, criando, assim, alguma dificuldade, tanto à doutrina como à jurisprudência na fixação do seu regime.

Não obstante todas as dificuldades criadas por aquele diploma legal, ainda assim, o direito de retenção apresentava-se como o direito, que assistia ao devedor, de deferir a entrega de uma coisa que tivesse na sua posse, como meio de levar o credor a cumprir uma obrigação em que se encontrava para com ele<sup>6</sup>.

Controvertida, na vigência do Código Civil de 1867, por virtude da deficiente caracterização da figura, era a questão de saber se o direito de retenção constituía um autêntico direito real de garantia ou se, pelo contrário, se tratava de um singelo meio de constranger o devedor ao cumprimento e, portanto, de um direito meramente obrigacional<sup>7</sup>.

No entanto, desde sempre se entendeu que a chave do problema da determinação da natureza jurídica do direito de retenção residia, precisamente, em determinar a quem podia ser oposto este direito. GUILHERME MOREIRA<sup>8</sup>, em escólio a esta problemática, afirmava tratar-se o direito de retenção de um direito absoluto, e portanto oponível não só em relação ao devedor mas também a terceiros, sendo, portanto, o direito de preferência um consectário iniludível do *jus retentionis*.

---

<sup>5</sup> Cfr. GALVÃO TELLES, “O Direito de Retenção no contrato de empreitada”, in “O Direito”, Anos 106-119 (1974/1987), p. 25.

<sup>6</sup> Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 103. Cfr., também, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, (com a colaboração de Rui de Alarcão), 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 330, para quem o direito de retenção “*constitui, portanto, uma causa legítima para retardar indeterminadamente a execução de uma prestação devida, não ficando consequentemente o devedor sujeito a responsabilidade por esse retardamento*”.

<sup>7</sup> Note-se que, a resposta a esta questão condicionava a resposta a uma outra questão que também era objeto de dúvida no nosso direito: a de saber se o direito de retenção era uma figura de carácter geral – aplicável sempre que estivessem reunidos todos os seus pressupostos – ou se, ao invés, este tinha uma índole meramente excepcional, e, por via disso apenas existindo nos casos expressamente previstos na lei. A doutrina dominante face ao direito anterior ao Código de 1966 pronunciava-se a favor do carácter excepcional – Cfr. CARNEIRO PACHECO, *ob. cit.*, p. 117, GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 13 e 14.

<sup>8</sup> Cfr. GUILHERME A. MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. II (Das Obrigações), Coimbra: Coimbra Editora, 1925, pp. 497 e 498. Com entendimento semelhante, cfr., VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 177.

Não podendo aqui entrar em desenvolvimentos, apenas cumpre notar que a qualificação do direito de retenção como direito de natureza real já era aceite no domínio do Código Civil de 1867, e traduzia, à data, a posição da doutrina maioritária<sup>9</sup>.

Entretanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, a lei tomou uma posição categórica na querela existente acerca da natureza jurídica do direito de retenção<sup>10</sup>. Assim, no atual Código Civil, a qualificação do direito de retenção como direito real de garantia apresenta-se apodífrica<sup>11</sup>.

## ***2.2. A receção do Direito de Retenção pelo Código Civil de 1966***

### *2.2.1. Caracterização e função*

Não ignorando a discussão então existente na doutrina portuguesa, fruto do regime pouco claro do instituto no domínio do Código de Seabra, na tentativa de determinação do regime do direito de retenção, o legislador do atual Código Civil dedicou ao direito de retenção toda uma secção – (Secção VII, Cap. VI, título I, livro II) –, sendo atualmente regulado nos arts. 754.º a 761.º.

Consabidamente, o direito de retenção consiste na faculdade conferida a uma pessoa, que se encontra na posse de uma coisa que deve ser entregue a outrem, de reter essa coisa, enquanto este não satisfizer o seu crédito, verificada alguma das relações de conexidade entre o crédito do detentor e a coisa que deve ser restituída a que a lei confere tal tutela – arts. 754.º e 755.º.

Ora, nos termos do art. 754.º “*O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados*”. Como adverte J. DIAS MARQUES, a parte final do art. 754.º contém uma restrição

---

<sup>9</sup> Neste sentido, cfr. MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, “Direito de Retenção (Algumas das) suas Implicações na Acção Executiva”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 11, 2003, p. 99.

<sup>10</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2.ª Reimpressão da 7.ª Ed. de 1997, Coimbra: Almedina, 2006, p. 578.

<sup>11</sup> Sobre este ponto, cfr. desenvolvidamente, MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, pp. 100 e ss.

muito importante, qual seja, para recorrer ao direito de retenção não basta um crédito qualquer do detentor da coisa sobre o sujeito a quem esta deve ser entregue, mas antes exige-se que o crédito do devedor da entrega da coisa resulte de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados<sup>12</sup>.

Verifica-se, portanto, que, no preceito citado, o legislador estabeleceu em termos genéricos, ainda que de forma bastante limitada, as circunstâncias abstratas de cuja verificação depende a existência do *jus retentionis*<sup>13</sup>. Assim estribados, resulta que, uma vez verificados os pressupostos estabelecidos na cláusula geral do art. 754.º, o detentor da coisa que deve restituir a outrem goza do direito de retenção, podendo, por conseguinte, deixar de cumprir – recusando-se a entregar a coisa detida –, sem incorrer em responsabilidade, enquanto o devedor – credor da obrigação de entrega – não satisfizer o débito em que está constituído<sup>14</sup>.

Com efeito, tem sido objeto de alguma controvérsia na doutrina a questão de saber se o direito de retenção é uma figura de carácter geral, aplicável sempre que se verifiquem preenchidos determinados requisitos que a lei define, ou se, pelo contrário, este tem carácter meramente excecional.

A posição predominante na doutrina vai no sentido de configurar o direito de retenção como um instituto de âmbito geral, aplicável sempre que estejam reunidos determinados requisitos que a lei define<sup>15</sup>, o que nos parece igualmente de perfilhar. Efetivamente, atento o teor do texto legal albergado pelo art. 754.º, não pode deixar de se concluir que o legislador positivou no citado preceito o carácter geral do direito de

---

<sup>12</sup> Cfr. J. DIAS MARQUES, *Noções Elementares de Direito Civil*, 3.ª Ed., Lisboa, 1969, p. 207. Ecos desta opinião encontram-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.09.2010, Proc. n.º 341/08.9TCGMR.G1.S2, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>13</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 579. A propósito do preceito em análise, escreveu-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.05.2011, Proc. n.º 661/07.0TBVCT-AG1.S1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) que “O artigo 754.º do Código Civil constitui-se como a norma-regra ou a norma-pressuposto onde o legislador estabeleceu os pressupostos ou requisitos gerais e fundantes do direito de retenção”.

<sup>14</sup> Neste sentido, cfr. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 15. O Autor afirma mesmo que o facto material da recusa de entrega da coisa detida “é um acto lícito, que como tal não expõe o detentor a qualquer sanção”. No mesmo sentido, na jurisprudência, cfr., o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.1982, Proc. n.º 70124, no BMJ, n.º 320, p. 413.

<sup>15</sup> Defende o carácter excecional do *jus retentionis* MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, pp. 104 e 105. No sentido do carácter geral da figura pronunciam-se GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 14, J. DIAS MARQUES, *ob. cit.*, p. 207, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Separata, Vol. XXX, do suplemento do BFDUC, Coimbra, 1987, p. 342.

retenção, o qual, conseqüentemente, existirá sempre que ocorram os elementos de facto que preenchem a *fattispecie* daquele dispositivo legal.

Não pode, contudo, deixar de se assinalar que o legislador civil, para além do regime genérico estatuído para o direito de retenção, no art. 754.º, consagrou casos específicos de aplicação do instituto. Trata-se, precisamente, de uma série de casos especiais em que certas pessoas ficam munidas com o direito de retenção, pois que em alguns deles “não existe” ou se “dilui” a conexão objetiva entre a coisa detida e o crédito do detentor do art. 754.º<sup>16</sup>.

Assim, nos termos do disposto no art. 755.º n.º 1, gozam ainda do direito de retenção, o transportador, o albergueiro, o mandatário, o gestor de negócios, o depositário, o comodatário e o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido.

Às situações especiais que acabamos de transcrever, podemos juntar outras albergadas no Código Civil, como a do art.º 1323 n.º 4, que atribui o direito de retenção ao achador da coisa. Em todos estes casos – e não são os únicos<sup>17</sup> – o devedor da entrega, munido do direito de retenção, pode recusar-se legitimamente a restituir uma coisa que tem na sua posse material, até ser pago o que, em razão da coisa detida, lhe é devido pelo titular do direito à entrega.

Feitas estas considerações gerais, numa breve nota, deve ainda dizer-se que o direito de retenção é um direito real de garantia de natureza legal<sup>18</sup>, donde se conclui que o credor apenas goza do direito de retenção desde que se verifiquem os requisitos previstos na lei.

---

<sup>16</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª Ed. Revista e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2008, p. 975. Como aponta L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 315 e 316 “Trata-se, em regra, de créditos nascidos no seio de uma relação contratual (transporte, mandato, depósito, comodato, contrato-promessa sinalizado) que levam a importante alargamento do campo de aplicação desta figura e da sua importância prática”.

<sup>17</sup> Veja-se o interessante estudo de MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, p. 105, nota 79, onde o autor indica várias hipóteses de direito de retenção previstas em diversos diplomas avulsos.

<sup>18</sup> Neste sentido, veja-se JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 142, que se refere ao direito de retenção como um meio de autotutela, na veste de coerção defensiva “de raiz normativa”.

Assim, o direito de retenção resulta diretamente da lei<sup>19</sup>, estando vedado às partes a sua criação através de negócios jurídicos, e a sua eficácia não depende de registo<sup>20</sup>. Na verdade, a publicidade do direito de retenção – ou seja, a possibilidade dos credores do dono da coisa detida tomarem conhecimento da retenção da mesma – é assegurada pela sua situação fática, pois, encontrando-se a coisa pertença do devedor em poder do retentor, faz suspeitar de que a mesma não estará livre<sup>21</sup>.

Por isso, mesmo quando o direito de retenção incida sobre bens sujeitos a registo, o Código Civil não faz depender a sua constituição ou eficácia de registo. Deste modo, é de concluir que, se a constituição do direito de retenção não depende de registo, também as ações que tenham por objeto o reconhecimento daquele direito não têm de ser registadas, como flui da interpretação resultante da conjugação do art. 2.º do Código do Registo Predial com o art. 3.º do mesmo diploma legal<sup>22</sup>.

No desenvolvimento destes reparos, importa ainda apurar se as partes num contrato podem, ao abrigo da liberdade contratual, acordar cláusulas que afastem o exercício do direito de retenção por qualquer uma delas.

Dentro de uma escassez de elementos doutrinários, uma coisa é, desde logo, sensível a um primeiro contacto. Da análise a toda a Secção VII, Cap. VI, título I, Livro II do Código Civil, constata-se que não há norma no regime do direito de retenção que afaste o princípio da autonomia da vontade, vertido no art. 405.º n.º 1, ou seja, que obste a inclusão, pelas partes, de cláusulas que excluam o exercício do direito de retenção<sup>23</sup>.

Por outro lado, o próprio legislador consagrou no art. 14.º do Decreto-Lei 255/99, de 07 de Julho, a possibilidade de, num contrato de prestação de serviços das

---

<sup>19</sup> Cfr., entre outros, SALVADOR DA COSTA, *O Concurso de Credores*, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 214.

<sup>20</sup> Neste sentido, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 468, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, Vol. I (Artigos 1.º a 761.º), 4.ª Ed. Revista e Actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 774. Aliás, como bem fazem notar estes últimos autores, “*O Código do Registo Predial, de resto, quando faz a indicação dos direitos sujeitos a registo, não menciona o direito de retenção (cfr. o art. 2.º)*”.

<sup>21</sup> Cfr., neste sentido, VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 205 e também RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 1.ª Ed., Cascais: PRINCIPIA, 2002, p. 240.

<sup>22</sup> Cfr. SALVADOR DA COSTA, *ob. cit.*, 2005, p. 215. Na Jurisprudência, veja-se, o Acórdão da Relação de Évora, de 29.03.90, CJ, Ano XV, TOMO II, pág. 285.

<sup>23</sup> Diferentemente, já não será de admitir a inserção de certas cláusulas no contrato que visem, unicamente, alterar as características do direito de retenção, o qual, consabidamente, é um direito real de garantia (art. 1306.º).

empresas transitórias, as partes, por estipulação expressa, convencionarem a exclusão do exercício do direito de retenção pelas empresas transitórias.

Por último, diga-se ainda que a lei, no art. 18.º al. g) do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, proíbe em termos absolutos cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, que excluam ou limitem o direito de retenção<sup>24</sup>. Tal preceito, em nossa opinião, deixa entender, no seu pensamento, que nas relações contratuais não subsumíveis ao regime legal das cláusulas contratuais gerais, podem as partes convencionar a exclusão do exercício do direito de retenção. Doutra maneira, escusado seria dizer que se proíbe em termos absolutos cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem o direito de retenção, pois, se este instituto fosse regulado por normas imperativas<sup>25</sup>, o regime nele estabelecido em circunstância alguma podia ser afastado por convenção em contrário fixada pelas partes.

Finalmente, cremos que os preceitos de lei que conferem o direito de retenção não são de interesse e ordem pública, porquanto não são reguladores de interesses gerais e considerados fundamentais da comunidade<sup>26</sup>. Bem pelo contrário, a correta ponderação dos interesses subjacentes ao regime legal do direito de retenção leva-nos a concluir que a lei só se interessa com interesses particulares, de natureza patrimonial, do titular do direito de retenção. Este, uma vez reunidos os pressupostos do direito de retenção, ficará garantido contra uma eventual escassez económica do seu devedor, assistindo-lhe assim o direito de satisfazer o seu crédito pelo valor da coisa detida, com a faculdade de receber prioritariamente. E, nesta perspetiva, não vislumbramos que interesses públicos ou que legítimos interesses de terceiros possam justificar o carácter imperativo das normas que concedem o direito de retenção e a consequente limitação da vontade autónoma-privada.

---

<sup>24</sup> Importa destacar que cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão são conceitos de direito cuja regulamentação legal encontra aplicação – exclusivamente – a relações contratuais a eles subsumíveis.

<sup>25</sup> Sobre a divisão das normas do direito objetivo em normas de direito imperativo e normas dispositivas, cfr. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 41 e ss.

<sup>26</sup> Em sentido idêntico, cfr. MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA FONSECA, “Existência no Direito Português do Direito de Retenção como Instituto de Carácter Geral”, in *ROA*, Ano 10, N.º 1 e 2 (1950), p. 397.

Face ao que vai referido, a nossa opinião só pode, aqui, ser uma. Podem as partes, ao abrigo da liberdade contratual, estipular cláusulas que excluam o exercício do direito de retenção por parte do seu titular.

Um outro aspeto a assinalar relativo ao *jus retentionis* é o seguinte.

Na doutrina portuguesa é corrente a atribuição ao direito de retenção de uma função compulsória. Com efeito, arrazoa L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS que o carácter compulsório da figura será tanto mais eficaz quanto maior for a diferença de valor entre a coisa detida e o crédito do retentor<sup>27</sup>.

Na esteira deste raciocínio, seria portanto lícito, por exemplo, reter uma coisa com valor de € 100.000,00 para assim pressionar o devedor a cumprir um crédito de € 100,00.

Permitimo-nos discordar da conclusão formulada por este autor.

Desde logo, parece-nos que, não obstante o direito de retenção permita ao detentor da coisa que deva entregar só cumprir o seu dever de restituição quando estiver extinta a obrigação do credor, isto não pode significar que não haja lugar à aplicação de outros institutos do Direito Civil, designadamente, do instituto do Abuso de Direito (cfr., art. 334.º).

Por outro lado, entendemos que, mesmo na ausência de um preceito específico que o determine, o direito de retenção não deixa, ainda assim, de ser sensível ao filtro da boa fé<sup>28</sup>.

Parece-nos, portanto, que, em casos como aquele que ilustramos, o credor da entrega pode lançar mão, indistintamente, de uma solução alternativa, caso entenda que a retenção o prejudica gravemente.

Assim, poderá sempre paralisar a ação do detentor, caucionando o pagamento do crédito garantido pelo direito de retenção que, como veremos, é uma causa de extinção deste direito (cfr., al. d) do art. 756.º).

---

<sup>27</sup> Cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 314.

<sup>28</sup> Cfr., neste sentido, VAZ SERRA, *ob. cit.*, pp. 171 e 172. A propósito da boa fé, subscrevemos as palavras de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, 2005, Coimbra: Coimbra Editora, p. 124 “o princípio da boa fé tem um âmbito muito vasto, invadindo todas as áreas do direito”.

Não optando por esta via, poderá sempre acionar o instituto do Abuso de Direito<sup>29</sup>, com base no desrespeito pelos seus interesses legítimos enquanto devedor.

Por último, para a plena compreensão das notas caracterizadoras do direito de retenção e da sua relevância prática, interessa saber ainda que este direito desempenha uma dupla função.

Em primeiro lugar, como o próprio *nomen iuris* indica, o direito de retenção confere ao seu titular a faculdade de reter a coisa, isto é, de recusar licitamente cumprir o seu dever de restituição da coisa, enquanto o credor da restituição não cumprir, por seu turno, a obrigação garantida. Nesta óptica, o direito de retenção desempenha uma função compulsória / coercitiva, visando compelir ou pressionar o devedor (credor da entrega da coisa detida) a realizar a obrigação a que se encontra adstrito e que é relativa à coisa detida, em ordem a lograr recuperá-la<sup>30</sup>.

Mas o direito de retenção, para além da já identificada função compulsória, possui ainda outra, consistente em o seu titular poder obter a satisfação do seu direito de crédito pelo valor da coisa retida, com preferência sobre os demais credores do devedor, podendo, por conseguinte, executar a coisa retida nos mesmo termos que um credor pignoratício ou hipotecário, consoante a coisa seja móvel ou imóvel (respetivamente, cfr. arts. 758.º e 759.º). Nesta perspetiva, o *jus retentionis* desempenha, cumulativamente, a função de garantia<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr., neste sentido, MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, pp. 116 e 117. Como referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, p. 300 “Com base no abuso de direito, o lesado pode requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico, racional do direito que a lei confere a outrem”.

<sup>30</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *ob. cit.*, pp. 151 e 152, CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 5.ª Ed. Revista e remodelada, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2007, p. 160, JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, CDP, 2005, pp. 4 e 5. Na jurisprudência, referindo-se à função compulsória do direito de retenção, cfr. o Acórdão da Relação de Évora, de 22.01.2004, CJ, Ano XXIX, Tomo I, p. 243.

<sup>31</sup> Acerca da função de garantia do direito de retenção, cfr., entre outros, CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 345 e 346, JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, pp. 6 e 12.

### 2.2.2. Regime Jurídico

É nos artigos 758.º e 759.º que bem se caracteriza o direito de retenção como uma verdadeira garantia real das obrigações, resolvendo-se assim as dúvidas suscitadas no domínio do Código Civil anterior acerca da natureza jurídica desta figura<sup>32</sup>.

Partindo desta base, conclui-se que, à semelhança do que se verifica com os demais direitos reais, o direito de retenção goza das características inerentes à realidade, quais sejam, as características do carácter absoluto, da inerência, da sequela e da prevalência<sup>33</sup>.

Por outro lado, configurando o direito de retenção uma verdadeira garantia real das obrigações, cujo exercício confere ao retentor uma preferência de pagamento pelo produto da venda judicial da coisa sobre que incide, é fácil compreender que apenas as coisas corpóreas podem ser retidas, não se admitindo, por exemplo, a retenção do exercício de direitos<sup>34</sup>.

Cumprido, no entanto, notar que o regime do direito de retenção não é uniforme, dependendo a sua fixação da natureza dos bens sobre que incide.

Assim, se o direito de retenção recai sobre coisa móvel, a lei determina a aplicação do regime do penhor, quanto aos direitos e obrigações do retentor, salvo no que respeita à substituição ou reforço da garantia (cfr., art. 758.º<sup>35</sup>).

Consequentemente, da aplicação, *ex vi legis*, do regime do penhor ao direito de retenção sobre coisas móveis resulta que o retentor prefere aos demais credores (art. 666.º); que goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor pignoratício (arts. 670.º a 673.º), sem prejuízo, evidentemente, do disposto no art. 758.º, *in fine*; e pode

---

<sup>32</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 979. No mesmo sentido, veja-se, MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>33</sup> Neste sentido, veja-se, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 473.

<sup>34</sup> Cfr., neste sentido, CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS MADALENO, *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da Ohada*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 516, JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código Civil*, Vol. III, Lisboa, 1993, p. 206, RUI PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p. 240. Já CARNEIRO PACHECO, *ob. cit.*, pág. 163, à luz do ordenamento do Código Civil de 1867, afirmava que “*só as coisas corpóreas, que não estejam, por sua natureza ou por disposição da lei, fóra do commercio, pôdem ser objecto do direito de retenção*”. Em sentido contrário, cfr., VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 164.

<sup>35</sup> Este preceito traduz a opção legislativa pela não consagração do penhor derivado da lei. Sobre este ponto, consultar VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 191.

executar a coisa retida em termos paralelos ao de execução do objeto empenhado (art. 675.º). Também são ainda aplicáveis ao direito de retenção os artigos 692.º e 694.º a 699.º (*ex vi* do disposto no art. 678.º<sup>36</sup>).

Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, a lei concede ao retentor, enquanto não entregar a coisa detida, a faculdade de a executar, nos mesmos termos em o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor (cfr., art. 759.º n.º 1); no entanto, se sobre a mesma coisa imóvel houver concorrência entre o direito de retenção e uma hipoteca, aquele prevalece, ainda que esta tenha sido anteriormente registada (cfr., art. 759.º n.º 2). Pode ainda haver concorrência entre o direito de retenção e um privilégio imobiliário, sendo que, neste caso, prefere o privilégio ao direito de retenção, ainda que esta garantia seja anterior (art. 751.º).

Dado que a coisa imóvel retida está na posse do credor, compreende-se que o n.º 3 do artigo 759.º determine que, até à entrega da coisa, sejam aplicáveis, quanto aos direitos e obrigações do retentor, com as necessárias adaptações, as regras do penhor. Importa sublinhar que, embora o art. 759.º n.º 3 não exclua expressamente, à semelhança do acontece no artigo precedente, a matéria da substituição ou reforço da garantia, entende a doutrina mais autorizada que ela é igualmente inaplicável à retenção de coisas imóveis<sup>37</sup>.

Cabe ainda referir, neste ponto, que tem sido objeto de alguma controvérsia na doutrina a questão de saber se o direito de retenção sobrevive à venda executiva. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA entendem que os direitos reais de garantia caducam todos com a venda executiva<sup>38</sup>, sem exclusão do direito de retenção, sendo esta a posição prevalecente na doutrina e seguida por grande parte da jurisprudência<sup>39</sup>. Parece-

---

<sup>36</sup> Como observa ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 980, nota 4, das disposições para que o art. 678.º remete, não tem lugar a aplicação em matéria de direito de retenção nem do art. 701.º, porque o art. 758.º o exclui expressamente, nem do art. 702.º, em virtude de não ter este direito fonte negocial.

<sup>37</sup> Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, pp. 782 e 783, e ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 982.

<sup>38</sup> Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, p. 97. No mesmo sentido, cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva Depois da Reforma da reforma*, 5.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 335.

<sup>39</sup> Veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.05.94, CJ, Ano II, Tomo II, pp. 118 – 120, e o Acórdão da Relação de Lisboa, de 17.02.2004, CJ, Ano XXIX, Tomo I, p. 122.

nos que é esta posição a correta, embora reconheçamos que o nosso Código Civil é equívoco em relação a esta questão.

### *2.2.3. Pressupostos de admissibilidade do Direito de Retenção*

Como já tivemos oportunidade de o demonstrar, o direito pátrio regula o *jus retentionis* em dois níveis: por um lado, uma cláusula geral (art. 754.º), por outro, prevê uma série de casos especiais de direito de retenção (principalmente no art. 755.º).

Assim, conjugando os arts. 754.º, 755.º e 756.º, verificamos que o direito de retenção apresenta genericamente como pressupostos:

- A. que o detentor de uma coisa alheia suscetível de penhora esteja obrigado a entregá-la a outrem;
- B. apresentar-se o detentor da coisa, simultaneamente, credor da pessoa a quem esteja obrigado a entregar a coisa, e que o seu crédito seja exigível, ainda que com base em alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo, mas não necessariamente líquido;
- C. que exista uma conexão causal entre a coisa detida e o crédito garantido, podendo essa conexão resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados (art. 754.º), ou de uma relação legal ou contratual que tenha implicado a detenção da coisa e que a lei conceda a sua retenção (art. 755.º);
- D. que o detentor não tenha obtido por meios ilícitos a coisa, com conhecimento da ilicitude ao tempo da aquisição, e que o nascimento do seu crédito não tenha resultado de despesas realizadas de má fé;
- E. que o titular do direito à entrega não preste caução suficiente.

Examinaremos assim sucessivamente cada um destes pressupostos.

Quanto ao primeiro pressuposto (A), resulta, desde logo, da própria natureza do direito de retenção, que o seu exercício depende, além do mais, da detenção de uma

coisa<sup>40</sup>. Na verdade, nos termos da lei apenas tem direito de retenção aquele que esteja “*obrigado a entregar certa coisa*”, o que necessariamente pressupõe que a coisa se encontre em poder do detentor.

É importante frisar, porém, que, a partir do momento em que se encontrem preenchidos os pressupostos do direito de retenção, o seu titular passa a ter posse sobre a coisa retida, pois passa a exercer um poder de facto sobre esta no seu próprio interesse<sup>41</sup>.

Com efeito, se o retentor deixar de ter a posse material da coisa, porque, por exemplo, procedeu à entrega voluntária da coisa detida a quem tinha direito a recebê-la, neste caso o seu direito extingue-se (art.761.º). Sublinhe-se, por ser particularmente relevante, que apenas a entrega voluntária da coisa detida há-de operar a cessação do direito de retenção<sup>42</sup>, pois, se a coisa tiver saído da esfera do retentor contra a sua vontade, este pode lançar mão das ações possessórias a que se reportam os arts. 670.º al. a), 758.º e 759.º n.º 3, ainda que seja contra o próprio dono da coisa, caso em que, reavendo a detenção, recomeça o seu exercício do direito de retenção<sup>43</sup>.

Por outro lado, parece que a coisa detida terá necessariamente de ser um bem alheio<sup>44</sup>. Bem vistas as coisas, desempenhando o direito de retenção uma função de garantia que visa salvaguardar o retentor contra a escassez económica do devedor e lhe permite executar a coisa nos mesmos termos em que o pode fazer o credor pignoratício ou hipotecário, facilmente se compreende a exigência de que se trate de um bem alheio.

Finalmente, exige-se ainda que a coisa detida seja suscetível de penhora<sup>45</sup>, pois a alínea c) do art. 756.º é bem explícita no sentido de que não haverá direito de retenção

---

<sup>40</sup> Sobre este ponto, cfr. CARNEIRO PACHECO, *ob. cit.*, p. 161. Com efeito, como observa JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 10 “*A detenção deve, contudo, implicar que o credor detentor tem o controlo de facto da coisa (directamente ou através de um “representante”), excluído o devedor desse controlo material da coisa*”.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, desenvolvidamente, cfr. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>42</sup> Em sentido contrário, veja-se MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 472, que entende que a extinção do direito de retenção ocorre, quer a entrega seja voluntária, quer involuntária, como na hipótese de resultar de fraude ou violência.

<sup>43</sup> Cfr. SALVADOR DA COSTA, *ob. cit.*, p. 231. No mesmo sentido, cfr. na jurisprudência o Acórdão da Relação de Lisboa, de 06.04.2000, CJ, Ano XXV, Tomo II, p. 131.

<sup>44</sup> Neste sentido, cfr. MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, p. 107, e JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 6.

<sup>45</sup> Cfr., entre outros, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 469, e MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, pp. 113 – 114.

se a coisa detida for impenhorável<sup>46</sup>. Na verdade, estamos face a um direito real de garantia que, além do mais, confere ao retentor uma preferência na distribuição do produto da venda do bem detido, o que pressupõe necessariamente que a retenção tenha por objecto um bem suscetível de ser penhorado e vendido em sede executiva. Ora, não sendo viável a efetivação destas duas diligências de índole executiva, então de nada serviria o exercício do direito de retenção<sup>47</sup>.

Por outro lado, sendo as coisas impenhoráveis insuscetíveis de constituir garantia do direito dos credores comuns, por identidade de razão, também não poderão servir de garante aos credores privilegiados<sup>48</sup>.

Relativamente ao segundo pressuposto (B), importa desde logo notar que, para o detentor adquirir o direito de retenção, é necessário que o credor do direito à entrega da coisa detida seja sujeito passivo de uma relação creditícia cujo credor é o obrigado à entrega.

Esta ideia é clara para MIGUEL ÂNGELO FRANÇA<sup>49</sup>, quando afirma que, para que haja fundamento para a recusa da entrega da coisa detida, o devedor da entrega terá de ser simultaneamente credor do credor da entrega da coisa, isto é, terão de existir, de forma cruzada, dois credores e dois devedores.

Por outro lado, atento o disposto no n.º1 do art. 757.º, conclui-se que, em regra, o detentor não pode invocar o seu direito de retenção enquanto o seu crédito não estiver vencido. Estabelece-se, assim, como requisito do direito de retenção, a exigibilidade do crédito garantido<sup>50</sup>. Deste modo, o detentor apenas pode legitimamente invocar o direito de retenção quando a obrigação que impende sobre o credor da entrega se encontra vencida ou quando o seu vencimento depende, de acordo com estipulação expressa das partes ou com o princípio geral do n.º 1 do artigo 777º, de mera interpelação do detentor àquele.

---

<sup>46</sup> Os bens impenhoráveis encontram-se elencados nos arts. 822.º, 823.º, 824.º e 824.º-A, todos do Código de Processo Civil.

<sup>47</sup> Neste sentido, cfr. MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, p. 114. Como observa o autor, o exercício do direito de retenção nestes casos apenas teria uma função coercitiva, a qual, consabidamente, não é a função primordial de um direito real de garantia.

<sup>48</sup> Cfr., MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, pp. 114.

<sup>49</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 108.

<sup>50</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 135. Embora no domínio da legislação anterior, veja-se ainda, com pertinência, CARNEIRO PACHECO *ob. cit.*, pp. 166 – 167.

Porém, no art. 757.º n.º 1, prevê-se a possibilidade de o direito de retenção existir mesmo antes do vencimento do crédito garantido, desde que entretanto se verifique alguma das circunstâncias indicadas nos arts. 780.º n.º 1 e 781.º, as quais importam a perda do benefício do prazo. No entanto, o n.º 2 do artigo 757.º vem acrescentar que o nascimento do direito de retenção não depende da liquidez do crédito garantido, ou seja, dispensa-se, para o exercício deste direito, que o quantitativo do crédito garantido esteja determinado<sup>51</sup>.

Passemos agora à análise do terceiro pressuposto (C). Resulta do disposto no art. 754.º, que o legislador de 1966 optou por limitar o benefício do direito de retenção aos casos de conexão material ou objetiva<sup>52</sup>.

Assim estribados, conclui-se que, para que o credor titular do direito de retenção possa legitimamente recusar a entregar da coisa detida, é necessário a existência de uma conexão causal entre o crédito garantido e a coisa retida, a qual, nos termos do art. 754.º, há-de resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados<sup>53</sup>.

Todavia, ao lado do direito de retenção, previsto no carácter geral no art. 754.º, o legislador consagrou ainda no art.º 755.º um conjunto de casos especiais de direito de retenção em que a conexão causal pode ainda se verificar em virtude da detenção da coisa derivar de uma relação legal ou contratual a que lei conceda como garantia o *jus retentionis*<sup>54</sup>.

Escalpelizando agora o quarto pressuposto (D), importa começar por esclarecer que, do estatuído nas alíneas a) e b) do artigo 756.º, resulta que não há direito de retenção nem a favor daqueles quem obtiveram ilicitamente a coisa que devem entregar

---

<sup>51</sup> Neste sentido, veja-se SALVADOR DA COSTA, *ob. cit.*, p. 225, e MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>52</sup> A respeito dos requisitos que deverão exigir-se para o direito de retenção, consagrou-se, em parte, uma solução diversa da preconizada por VAZ SERRA, aquando da elaboração dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966. Na verdade, por inspiração alemã, o autor, além dos casos de conexão material ou objetiva, admitia também o direito de retenção quando os dois créditos se fundassem na mesma relação jurídica – conexão jurídica – cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, pp. 138 e ss., 160 e 247.

<sup>53</sup> Cfr., neste sentido, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 470, FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito de Retenção. Empreiteiro*, in CJ, Ano XIII, Tomo I, p. 17. Conforme, com acerto, se escreveu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.09.2004, CJ, Ano XII, Tomo III, p. 28, inexistente a necessária conexão substancial entre a coisa detida e o crédito do retentor quando o titular do direito de retenção se apodera da coisa com fundamento num crédito sobre o dono da mesma que “*diz respeito a uma reparação do veículo anterior à sua actual retenção*”. Veja-se também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31.01.2011, Proc. n.º 796/06.6TBLMG.P1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>54</sup> Veja-se, neste sentido, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 470.

e conheciam a ilicitude ao tempo da aquisição, nem a favor dos que tenham realizado de má fé as despesas com a coisa retida<sup>55</sup>, devendo este conceito de má fé ser considerado no sentido psicológico<sup>56</sup>.

No entanto, importa aqui notar que a lei apenas reprova o estado de espírito que preside à realização das despesas com a coisa retida<sup>57</sup>. Neste sentido, se o retentor da coisa, ulteriormente ao momento em que tiver realizado de boa fé as despesas com a coisa detida, vier a saber da ilicitude da sua aquisição, afigura-se-nos, que esta mudança de espírito não será relevante para efeitos de exclusão do direito de retenção. Todavia, se o retentor obtém de boa fé a posse de uma coisa alheia e nela realiza benfeitorias, depois de saber que a coisa lhe não pertence, no interesse do dono da coisa, então, neste caso, não poderá dizer-se que realizou de má fé as despesas e, por conseguinte, poderá não se justificar a exclusão do direito de retenção<sup>58</sup>.

Por último, e para finalizar a análise dos pressupostos de que depende o nascimento do direito de retenção, resta-nos analisar o quinto pressuposto (E).

Segundo se depreende da al. d) do artigo 756.º, o direito de retenção é excluído quando o titular do direito à entrega da coisa detida prestar, nos termos do art. 623.º, caução suficiente<sup>59</sup>. Com efeito, embora a prestação de caução seja autorizada

---

<sup>55</sup> Veja-se, a propósito, VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>56</sup> Neste sentido, cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, p. 779, SALVADOR DA COSTA, *ob. cit.*, p. 224. No mesmo sentido, na jurisprudência, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.1982, Proc. n.º 70124, no BMJ, n.º 320. Pela nossa parte, não podemos concordar com este entendimento restrito de má fé, conforme o qual só o conhecimento positivo da ilicitude da aquisição da coisa detida ou da intenção de lesar o credor mediante a realização de despesas em coisa alheia prejudica o retentor. Estamos de acordo com MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo, A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010, p. 467, quando refere “A noção psicológica de boa fé, dispensando os sujeitos de um dever de cuidado no tráfico jurídico, premeia o desleixado, face ao cauteloso, e distingue condutas que, de um ponto de vista ético, merecem juízos de censura semelhantes”. O que é razoável e aqui propugnamos é que se exija ao retentor um comportamento diligente, para que um terceiro inocente não venha a ser prejudicado pela incúria daquele. Assim estribados, afigura-se-nos preferível tratar igualmente, para efeitos de exclusão do direito de retenção, o conhecimento e o desconhecimento culposo ou por negligência grosseira, ou seja, que a má fé seja aqui entendida em sentido ético. Sendo assim, haverá também má fé do retentor em caso de desconhecimento culposo ou de negligência grosseira relativamente à ilicitude da aquisição da coisa ou da intenção de prejudicar o credor fazendo despesas na coisa deste.

<sup>57</sup> Cfr., novamente, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.1982, Proc. n.º 70124, no BMJ, n.º 320, p. 411.

<sup>58</sup> Cfr., neste sentido, VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 170, nota 111, SALVADOR DA COSTA, *ob. cit.*, p. 224.

<sup>59</sup> Quanto a este ponto, veja-se, embora no domínio do direito pretérito, CARNEIRO PACHECO, *ob. cit.*, pp. 180 e ss.

diretamente por lei, nada se diz acerca da espécie que ela deve revestir. Sendo assim, cabe então a aplicação do disposto no art. 623.º n.ºs 1 e 2.

De todo o modo, afigura-se-nos de aplaudir o entendimento de MENEZES LEITÃO, quando sustenta que a letra da alínea d) do artigo 756.º, ao empregar explicitamente a locução “caução suficiente”, aponta no sentido de que a caução a prestar pelo devedor não deve colocar o retentor numa situação pior do que a que lhe era concedida pelo direito de retenção<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 471, nota 890.

### 3. Análise de um Caso Particular

#### *3.1. O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*

Já vimos o que é o direito de retenção. Trata-se, *grosso modo*, de um direito real de garantia que confere ao devedor que se encontra adstrito a entregar certa coisa e que dispõe de um crédito sobre o seu credor, de não efetuar a prestação, mantendo a coisa que deveria entregar em seu poder, enquanto o credor da entrega não cumprir, por seu lado, o débito em que está constituído.

Refere-se-lhe o art. 754.º, onde o legislador consagrou os pressupostos gerais e fundantes do direito de retenção.

Nada disto, no entanto, é novidade, tendo de resto já sido dadas *supra* as explicações que reputamos convenientes.

No entanto, a questão que agora se coloca é saber se o empreiteiro goza do direito de retenção sobre a obra construída caso o dono da obra não pague o preço da empreitada.

Antes de entrarmos concretamente na discussão do tema, parece-nos importante tecer algumas considerações acerca do contrato de empreitada.

Este contrato vem regulamentado nos arts. 1207.º e ss. Da definição legal de empreitada (art. 1207.º)<sup>61</sup> infere-se três elementos do contrato de empreitada, quais sejam, os sujeitos, a realização de uma obra e o pagamento do preço<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Trata-se de uma definição que não difere, substancialmente, daquela que constava do art. 1396.º do Código Civil de 1867, porquanto em ambas sobressai, como requisito essencial, a realização de uma obra e não a prestação do trabalho – cfr., PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 863 e 864. Não obstante o aspecto mencionado – a realização de uma obra –, torna-se por vezes complexa a qualificação de um contrato como sendo de empreitada ou de compra e venda (arts. 874.º e ss.) – sobre a distinção entre os dois contratos, e de forma desenvolvida, consultar, JOSÉ MANUEL VILALONGA, “Compra e Venda e empreitada. Contributo para a distinção entre os dois contratos”, in *ROA*, Ano 57, Vol. I (1997), pp. 183 a 228.

<sup>62</sup> Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada.*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 362.

No que tange as partes no contrato de empreitada, são elas, de acordo com as designações legais, o dono da obra, que é aquele que encarrega outrem de executar certa obra, e o empreiteiro, que é a quem foi encomendada a execução de uma obra.

Sendo assim, tem de se entender a empreitada como um contrato sinalagmático, na medida em que dele emergem obrigações para ambas as partes, com um nexó recíproco de interdependência. Assim, verifica-se que, na empreitada, a obrigação que impende sobre o empreiteiro de realizar uma obra (art. 1207.º) em conformidade com o convencionado e sem vícios (art. 1208.º) tem, como contrapartida, o dever de pagar o preço pelo dono da obra<sup>63</sup>. Nesta base, cumpre assinalar que o surgimento deste nexó de reciprocidade entre estas duas obrigações ocorre no momento da celebração do contrato (sinalagma genético), mantendo-se posteriormente durante todo o período de execução da empreitada (sinalagma funcional)<sup>64</sup>.

Do que fica dito, resulta ainda que a empreitada é um contrato oneroso, na medida em que cada um dos contraentes sofre um sacrifício patrimonial e há vantagens correlativas para ambos<sup>65</sup>.

Por último, importa ainda referir que o contrato de empreitada é um contrato não formal, uma vez que a lei não estabelece forma especial para a sua celebração, sendo o contrato válido, independentemente da forma que venha a ser adotada<sup>66</sup>.

Quanto ao segundo elemento enunciado, a realização de uma obra, este concretiza a prestação principal / típica do contrato de empreitada<sup>67</sup>. É, portanto,

---

<sup>63</sup> Na falta de cláusula ou uso em contrário, o preço deve ser pago no ato de aceitação da obra (art. 1211.º n.º 2). Por outro lado, podem as partes optar por determinar, no momento da celebração do negócio jurídico, um preço global para toda a empreitada, normalmente designado por preço *à forfait*, *a corpo* ou *per aversionem*, ou, diversamente, podem estabelecer um preço por medida ou preço unitário – acerca das formas de fixação do preço da empreitada, cfr. ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 395 e ss.

<sup>64</sup> Neste sentido, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 5.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 510.

<sup>65</sup> No mesmo sentido, cfr., entre outros, MENEZES LEITÃO, «*Direito das Obrigações*, Vol. III...», *ob. cit.*, p. 510. Além de oneroso, o contrato de empreitada classifica-se ainda como sendo comutativo na medida em que os valores patrimoniais das prestações recíprocas são conhecidos pelos contraentes no momento da conclusão do contrato – cfr., entre outros, ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 362.

<sup>66</sup> Cfr., neste sentido, MENEZES LEITÃO, «*Direito das Obrigações*, Vol. III...», *ob. cit.*, p. 509. Casos há, no entanto, em que a lei sujeita o contrato de empreitada a forma escrita, como na empreitada de obras públicas (art. 94.º do Código dos Contratos Públicos), o contrato de construção de navios (art. 12.º do Decreto-Lei 201/98, de 10 de julho) e no contrato de obras particulares cujo valor ultrapasse 10% do limite fixado para a classe I (art. 29.º n.º 1 e 4 do Decreto-Lei 69/2011, de 15 de Junho).

<sup>67</sup> Cfr. JORGE DE BRITO PEREIRA, “Do Conceito de Obra no Contrato de Empreitada”, *in ROA*, Ano 54, Vol. II (1994), p. 571. Está aqui patente, a cargo do empreiteiro, uma obrigação de resultado, porquanto, quando por força de um contrato de empreitada se compromete a realizar uma obra, está a

essencial para qualificar um contrato como de empreitada e, em consequência, lhe aplicar o respetivo regime jurídico, que aquele tenha por objeto a realização de uma obra<sup>68</sup>. Com efeito, o empreiteiro não está vinculado apenas à obrigação de realizar uma obra, mas encontra-se ainda vinculado, por força do estatuído no art. 1208.º, a executar uma obra isenta de vícios e conforme o convencionado, quer dizer, sem defeitos<sup>69</sup>.

Posto isto, e porque não se trata de uma questão com interesse meramente teórico, importa aqui determinar em que sentido se deve entender o conceito de obra, como constante na atual regulamentação do contrato de empreitada.

Não podendo entrar aqui em desenvolvimentos, por razões óbvias, entendemos que as obras suscetíveis de constituir objeto do contrato de empreitada tanto podem tratar-se de obras materiais (a construção de uma casa), como de obras intelectuais ou de engenho (elaborar um projeto de engenharia ou de arquitetura)<sup>70</sup>.

Finalmente, da expressão «mediante um preço» usada no art. 1207.º infere-se que a obrigação de realizar uma obra a cargo do empreiteiro tem como contrapartida a prestação do preço acordado pelo dono da obra<sup>71</sup>. É este, portanto, o dever principal do dono da obra, sendo, por seu turno, o seu recebimento o fim primordialmente visado pelo empreiteiro.

---

prometer ao dono da obra um resultado – neste sentido, cfr. ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 380. Também no Acórdão da Relação de Coimbra, de 15.05.2007, CJ, Ano 2007, Tomo III, p. 5, se refere que a obrigação do empreiteiro é uma obrigação de resultado.

<sup>68</sup> cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, «*Código Civil Anotado*, Vol. II...», *ob. cit.*, p. 864.

<sup>69</sup> Para além do dever principal que impende sobre o empreiteiro, podem ainda emergir do contrato de empreitada certos deveres laterais resultantes da boa fé, tais como deveres de cuidado, deveres de informação, deveres de protecção ou, até mesmo, deveres de confidencialidade. Neste sentido, cfr. ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 380 e 383 e ss.

<sup>70</sup> No sentido por nós propugnado no texto, cfr. A. FERRER CORREIA e M. HENRIQUE MESQUITA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de Novembro de 1983, *in ROA*, Ano 45, Vol. I (1985), pp. 136 e ss.; JORGE DE BRITO PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 589 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2011, pp. 153 e ss. Em sentido contrário, defendendo que o contrato de empreitada apenas poderá ter por objeto a realização de coisas de natureza corpórea, cfr. ANTUNES VARELA, Parecer, *in ROA*, Ano 45, Vol. I (1985), pp. 159 e ss.; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, «*Código Civil Anotado*, Vol. II...», *ob. cit.*, p. 865; ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 389 e ss. Na jurisprudência, no sentido por nós defendido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.11.1983, *in ROA*, Ano 45, Vol. I (1985), pp. 113 e ss. Em sentido contrário, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.02.1988, *in BMJ*, n.º 374, pp. 449 e ss.

<sup>71</sup> Em regra, o preço é fixado até ao momento da conclusão do negócio jurídico. Todavia, malgrado a retribuição fazer parte da noção legal de empreitada, nada impede que ela venha a ser determinada em momento posterior à conclusão do contrato – neste sentido, cfr. ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 397. Na jurisprudência, veja-se, em sentido idêntico, o Acórdão da Relação de Évora, de 05.06.1997, CJ, Ano 1997, Tomo II, p. 269.

Aqui chegados, questão polémica é, contudo, saber se o empreiteiro goza – ou não – do direito de retenção sobre a obra construída caso o dono da obra não pague o preço da empreitada.

A questão suscitada passa essencialmente pela interpretação do art. 754.º, dado que, após uma leitura do art. 755.º, a conclusão a extrair é pois a de que o caso do empreiteiro não está previsto no elenco de casos especiais em que o legislador concede o direito de retenção<sup>72</sup>.

Posta a questão nestes termos, pronunciava-se em sentido negativo, considerando que ao empreiteiro não cabia um direito de retenção sobre a obra em construção ou já construída, ANTUNES VARELA, esgrimindo o seguinte argumento “*As despesas efectuadas pelo empreiteiro na execução da obra não são despesas feitas por causa da coisa, visto que a coisa (obra realizada) ainda não existe, quando elas são construídas. Elas não são determinadas ou provocadas pela coisa que se pretende reter, embora possam ser efectuadas para que a coisa (a obra) venha a existir*”<sup>73</sup>.

Também no sentido negativo se pronunciaram PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA<sup>74</sup>, tendo aventado fundamentalmente os seguintes argumentos:

- o crédito do empreiteiro não figura em nenhum dos casos excepcionais previstos nas diversas alíneas do art. 755.º;

- por outro lado, o crédito do empreiteiro não cabe no perímetro do art. 754.º, porquanto nos termos deste dispositivo legal o direito de retenção é atribuído ao devedor que disponha de um crédito sobre o seu credor, desde que o crédito resulte de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados – e o crédito do empreiteiro tem por objecto o preço da empreitada, o qual não deve ser confundido com despesas;

- por último, uma vez que foi rejeitada pelo legislador a solução apresentada por VAZ SERRA no anteprojeto sobre o direito de retenção, de haver conexidade

---

<sup>72</sup> Como observa CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 340, o art. 755.º configura uma norma excepcional, o qual, por isso, não comporta aplicação analógica a outros casos (art. 11.º).

<sup>73</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 580.

<sup>74</sup> Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, «*Código Civil Anotado, Vol. II...*», *ob.cit.*, pp. 875 e ss. Com sentido idêntico, na jurisprudência, cfr. o Acórdão da Relação de Lisboa, de 05.06.1984, CJ, Ano IX, Tomo III, pp. 137 e ss. e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08.04.1997, Proc. n.º 96A849, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

justificativa do direito de retenção no caso de os dois créditos se fundarem na mesma relação jurídica, então o empreiteiro não goza do direito de retenção, isto porque o seu crédito resulta de um contrato.

Com efeito, e salvo o merecido respeito, parece-nos que a orientação que tentamos sintetizar não deve ser sufragada<sup>75</sup>.

A matéria que neste momento nos ocupa suscita, desde logo, como se torna evidente, o problema de saber se o facto de o empreiteiro não estar previsto em nenhum dos casos excepcionais previstos no art. 755.º significa que não lhe assista o direito de retenção.

E a resposta parece-nos dever ser negativa.

Ora, começando por dar a resposta que nos parece ser a mais acertada, diremos que o legislador não terá sentido a necessidade de atribuir expressamente ao empreiteiro o direito de reter a obra, enquanto não for pago o preço, porque tal direito deriva diretamente do art. 754.º, visto que, no caso da empreitada, se verifica a conexão objetiva entre o crédito e a coisa (*debitum cum re iunctum*)<sup>76</sup>.

Neste sentido, não se alcançam, na realidade, razões decisivas para não ser reconhecido ao empreiteiro o direito de retenção, escorando-se na singela circunstância de o caso do empreiteiro não se encontrar previsto no art. 755.º, isto porque, no cumprimento do programa contratual a que está vinculado, o empreiteiro tem forçosamente de realizar atos (aquisição de matérias-primas, contratação de trabalhadores e pagamento de salários, as máquinas e os demais instrumentos para a construção da obra, etc.) de que resultam despesas por causa da obra (art. 754.º). Neste contexto, seria despiciendo que o legislador fizesse alusão ao crédito do empreiteiro de imóveis no art. 755.º.

A conclusão anterior pode ser confirmada se atentarmos no seguinte exemplo. Veja-se o caso do arrendatário de um prédio urbano que faz no edifício benfeitorias

---

<sup>75</sup> Como a doutrina fazia notar, ainda no domínio do direito pretérito, se o art. 1407.º do Código de Seabra confere ao empreiteiro de obra mobiliária o direito de a reter, enquanto não for pago do preço, é então de estranhar que igual direito não lhe fosse concedido quanto às obras imobiliárias – cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII, Coimbra: Coimbra Editora, 1933, p. 621.

<sup>76</sup> Cfr., neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 345. No mesmo sentido, na jurisprudência, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.05.2005, Proc. n.º 05B865, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

necessárias (art. 216.º) insuscetíveis de serem levantadas – neste caso, o arrendatário tem, nos termos do art. 1273.º, o direito a ser indemnizado pelo senhorio do valor das benfeitorias necessárias que haja feito. No entanto, malgrado o arrendatário não figure na lista de credores patenteada no art. 755.º, ainda assim ninguém ousa recusar-lhe o direito de retenção sobre o imóvel que lhe tenha sido entregue em consequência do respetivo contrato de arrendamento, pelo crédito resultante das benfeitorias necessárias que haja efectuado. Isto porque, claro está, o caso do arrendatário é subsumível na norma contida no art. 754.º.

Em resultado de tudo isto, pode dizer-se que o facto de o empreiteiro não figurar em nenhum dos casos excepcionais previstos no art. 755.º não permite concluir que a este não assiste o direito de retenção.

Dizia-se ainda, em sentido desfavorável à atribuição ao empreiteiro do direito de reter a obra imobiliária, enquanto não for pago o preço, que, de harmonia com o disposto no art. 754.º, só o crédito do recusante sobre o titular do direito à entrega da coisa resultante de despesas feitas por causa dela ou de danos por elas causados poderia legitimar o exercício do direito de retenção. Assim sendo, nunca o empreiteiro poderia gozar do direito de retenção sobre a obra, isto porque, quando as despesas são efetuadas, elas não são feitas por causa da coisa que se pretende reter, visto que a coisa (obra realizada) ainda não existe.

Trata-se de uma argumentação que, salvo o devido respeito, carece de qualquer fundamento, *maxime* na lei. Assim, entendemos que, para vencer as dificuldades suscitadas por esta argumentação, temos de utilizar os elementos auxiliares de interpretação.

Para começo é imperativo assinalar que a propugnada necessidade de a despesa ser posterior à existência da coisa, não podendo ser feita para que ela nasça, está tão arredada do pensamento jurídico que VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do Código Civil assinala inequivocamente que o crédito por despesas feitas com a coisa “*resultará normalmente de despesas com a fabricação, conservação ou melhoramento de coisa alheia*”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 200.

Deste trabalho preparatório do Código Civil de cuidada elaboração técnica, salta aos olhos que as despesas motivadas pela construção / fabricação de uma coisa nova, são, igualmente, despesas feitas por causa da coisa. E isto é quanto basta para que o crédito emergente de tais despesas confira ao seu titular, face ao carácter geral do art. 754.º, o direito a reter a coisa enquanto não lhe for satisfeito o crédito. Como sublinham FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO “*Relação causa a efeito entre a coisa e as despesas não representa necessariamente, em termos jurídicos, uma sequência cronológica. Trata-se antes de uma imputação objectiva dessas despesas à coisa, a qual tanto se verifica quando elas foram motivadas pela sua construção, como quando resulta de melhoramentos, arranjos ou demolições*”<sup>78</sup>.

Assim sendo, podemos afirmar, sem risco de contradição, que, nos dizeres amplos do art. 754.º, cabem não apenas as despesas efetuadas para conservação ou melhoramento da coisa alheia, mas também as despesas feitas para a construção ou fabrico da coisa. Tanto umas como outras podem legalmente constituir a fonte do crédito que se pretende garantir com o direito de retenção<sup>79</sup>.

Acresce ainda, na nossa perspetiva, que se nos afigura muito duvidoso que, verdadeira e rigorosamente, o legislador tenha pretendido com a fórmula do art. 754.º – *despesas feitas por causa da coisa* – apenas abranger as despesas feitas com a coisa, depois de ela existir, para a conservar ou melhorar. Nesta lógica, apenas as obras de benfeitorização poderiam consistir fonte do crédito garantido<sup>80</sup>.

Ora, se é verdade que as benfeitorias feitas por causa da coisa são feitas com a finalidade de a melhorar ou conservar, não é menos verdade que as despesas feitas para fabricar ou construir a coisa são igualmente feitas por causa da coisa, pois são feitas com a finalidade de a criar<sup>81</sup>. Ambas as despesas são efetuadas por causa da coisa. Ou seja, se o empreiteiro no desenrolar do processo produtivo efetua despesas necessárias

---

<sup>78</sup> Cfr. FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>79</sup> Neste sentido, cfr. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>80</sup> Sobre este ponto, veja-se CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 31 e 32, cujo objetivo é o de verificar até que ponto se pode dizer que o art. 754.º visa apenas as benfeitorias realizadas na coisa. As suas conclusões são evidentemente negativas.

<sup>81</sup> Cfr. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 31.

para conseguir a fabricação da obra, essas despesas são, inelutavelmente, feitas por causa dela, para que ela surja<sup>82</sup>.

Por outro lado, não se encontra no Código Civil, *maxime*, no art. 754.º, a mínima referência no sentido de exigir que a coisa exista anteriormente ao momento em que se efetuam as despesas por causa dela<sup>83</sup>. Não há, efetivamente, qualquer razão válida para a propugnada exigência de a coisa existir cronologicamente às despesas que venham a ser realizadas com ela. No limite, será uma argumentação a que se poderá atender de *iure constituendo* para uma futura alteração da lei, mas que não tem valor para, de *iure constituto*, inverter o sentido da lei vigente, pois trata-se, inelutavelmente, de uma interpretação que não encontra na letra da lei o mínimo de correspondência verbal (art. 9.º n.º 2)<sup>84</sup>.

Por último, no sentido que vem sendo defendido, importa fazer referência à teleologia do instituto. Nos trabalhos preparatórios do Código Civil, VAZ SERRA escreveu que “a razão de ser prática do direito de retenção está na consideração de que é equitativo reconhecer ao detentor de uma coisa o direito de a reter enquanto a outra parte não cumprir a obrigação em que se constitui para com o detentor por causa da mesma coisa”<sup>85</sup>. Nestes termos, se com o direito de retenção se visa obstar ao locupletamento à custa alheia<sup>86</sup>, então parece legítima a retenção de uma coisa quando as despesas houverem sido provocadas para a sua fabricação, pois, caso contrário, estar-se-ia a admitir um incremento no património do *solvens* até então inexistente, à custa alheia, para satisfazer os créditos dos demais credores que em nada contribuíram para essa majoração patrimonial. Tudo isto, acrescente-se, em claro e intolerável prejuízo para o empreiteiro, o qual tendo contribuído de forma direta para o aumento do valor patrimonial do devedor, perante a relapsidão deste e não havendo causa legítima de

---

<sup>82</sup> Incisiva e lapidar é, neste aspeto, a afirmação de FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21, “*De facto, ao estabelecer o critério da conexão, o legislador fê-lo em termos suficientemente amplos para aí caberem todos e quaisquer gastos que tenham sido provocados pela coisa, sem atender à causa e ao destino específico dessas despesas. O que interessa é que tenha sido a própria coisa a, por qualquer motivo, ocasionar as despesas cujo pagamento se reclama*”. Com respeito à jurisprudência, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.05.2011, Proc. n.º 661/07.0TBVCT-A.G1.S1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>83</sup> Neste sentido, cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 318.

<sup>84</sup> Em sentido idêntico, cfr. FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>85</sup> Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>86</sup> Neste sentido, cfr. IDEM, *Ibidem*, p. 153.

preferência, será pago proporcionalmente pelo preço da obra, caso os restantes bens não sejam suficientes para a satisfação integral dos créditos (art. 604.º)<sup>87</sup>.

Trazendo agora à colação o argumento de que o crédito reclamado pelo empreiteiro consiste no preço da obra e que em parte alguma o preço é confundido com despesas feitas por causa da coisa, julgamos poder refutar este argumento.

Primeiro que tudo, há que atentar no facto que, de acordo com a norma contida no art. 754.º, o que justifica o direito de retenção é a conexão material e direta entre a coisa e o crédito do retentor, em termos de este resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados<sup>88</sup>.

Ora, neste contexto, não parecerá esdrúxulo afirmar que o preço da empreitada é, essencialmente, o resultado do somatório das despesas que o empreiteiro, por força da relação contratual, se viu forçado a realizar para a obtenção do resultado que tem de entregar ao dono da obra<sup>89</sup>. Apoditicamente, tais despesas que, por um lado, implicam uma diminuição patrimonial do empreiteiro, e que, por outro, proporcionam um aumento do valor patrimonial do beneficiário da obra, estão inexoravelmente relacionadas com a obra, foram feitas unicamente por causa dela. São, portanto, despesas que entram na fabricação de uma obra e que, uma vez cumprida a obrigação contratual a que o empreiteiro se obrigou, este vai simplesmente reclamar o valor delas a título de preço da empreitada<sup>90</sup>.

Assim, os gastos que o empreiteiro realiza durante o processo produtivo para lograr cumprir a obrigação que sobre ele impende, são despesas feitas por causa da obra; a aquisição de matérias-primas é um exemplo; são ainda despesas feitas por causa da obra os salários pagos aos trabalhadores que realizaram a obra; os materiais necessários para a execução da obra; os gastos com a contratação de subempreiteiros;

---

<sup>87</sup> Em sentido idêntico, veja-se FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>88</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 20 e 21.

<sup>89</sup> Este entendimento é corroborado por grande parte da doutrina, cfr. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 30; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 342; FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>90</sup> Como escreveram FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21 “A distinção conceptual entre despesas e preço não pode, pois, servir de obstáculo à concessão do direito de retenção ao empreiteiro”.

etc.<sup>91</sup>. E dúvidas sérias não podem subsistir de que o preço da empreitada inclui a totalidade destas despesas.

Pela nossa parte, pensamos que não deve ser aceite, no tocante à atribuição do direito de reter a obra ao empreiteiro, a tese que distingue os conceitos «despesas» e «preços» para, com isso, denegar o direito de retenção ao empreiteiro sobre a obra. Assim, cremos que, como salienta CALVÃO DA SILVA<sup>92</sup>, deve ser reconhecido ao empreiteiro o direito de reter a obra, enquanto o dono da obra não pagar o preço da empreitada, visto que o crédito do empreiteiro resulta de despesas feitas por causa dela (art. 754.º).

Finalmente, ainda com o fim confesso de recusar ao empreiteiro a concessão do direito de retenção sobre a obra, parte da doutrina argumenta que, tendo a doutrina proposta no anteprojecto do Código Civil de VAZ SERRA, no sentido de haver conexão justificativa do direito de retenção quando os dois créditos se fundarem na mesma relação jurídica, sido abandonada pelo legislador, e configurando o crédito do empreiteiro um dos exemplos de créditos nascidos da mesma relação jurídica, então deve ser recusado ao empreiteiro o direito de reter a obra. Nesta linha de pensamento, fora dos casos expressamente previstos no art. 755.º, não haverá lugar a direito de retenção quando se verifique uma conexão jurídica entre os dois créditos contrapostos, sendo esta circunstância, por si só, suficiente para negar o direito de retenção a todos os casos em que ela se verifique.

Pela nossa parte, entendemos, salvo sempre o merecido respeito, tratar-se de uma argumentação de muito difícil compreensão e justificação.

Ora, se é verdade que o próprio VAZ SERRA, no seu estudo dedicado ao direito de retenção, reconhecia que a conexão resultante da mesma relação jurídica se prestaria a abusos, caso não lhe ficassem alguns limites<sup>93</sup>, e talvez, por isso, falasse, neste caso, da existência de um direito obrigacional de retenção<sup>94</sup>, já nos parece exagerada e duvidosa a bondade da solução apresentada por PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, quando pretendem recusar o direito de retenção aos casos em

---

<sup>91</sup> Em sentido idêntico, cfr. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 342.

<sup>92</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 342 e 343.

<sup>93</sup> Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>94</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 205 e 206.

que se verifique a existência de uma conexão jurídica. É que, a opção legislativa de, por um lado, ter rejeitado a conexão jurídica como causa autónoma e geral do direito de retenção, e, por outro lado, ter consagrado no art. 755.º um elenco de casos especiais em que existe um nexó jurídico entre os débitos que fundamenta autonomamente o direito de retenção, apenas significa que, fora dos casos previstos neste preceito legal, a ligação jurídica entre duas prestações não é, por si só, suficiente para que nasça o direito de retenção<sup>95</sup>.

Mas foi-se longe de mais ao querer, como alguma doutrina pretende, erigir a conexão jurídica em requisito de verificação negativa para que surja o direito de retenção, ou seja, como uma causa que conduz à exclusão do direito de retenção. Acresce que, se o legislador quisesse que a conexão jurídica fosse passível de funcionar como uma circunstância que exclui automaticamente o direito de retenção, teria expressamente elencado essa relação no art. 756.º, onde enunciou os requisitos cuja verificação obsta ao direito de retenção.

Quer, portanto, tudo isto dizer que, não sendo em geral a conexão jurídica entre os dois créditos contrapostos um pressuposto necessário nem suficiente do direito de retenção, a verdade é que a conexidade de créditos resultante da mesma relação jurídica não constitui nenhum entrave à concessão do direito de retenção, quando, no caso concreto, se verificarem os pressupostos gerais e fundantes do direito de retenção que o legislador estabeleceu no art. 754.º<sup>96</sup>. Nesta parte, portanto, está fora de dúvida que mesmo perante um caso em que se verifique uma conexão jurídica entre os créditos, pode suceder que, da realização da prestação contratual de um dos contraentes, tenham resultado despesas feitas por causa da coisa<sup>97</sup>. Por isso, não há como negar a subsunção de hipóteses deste género à norma contida no art. 754.º, pois, indubitavelmente, verifica-se a exigida conexão material e direta do crédito à coisa.

Concluimos, ante o exposto que, existindo no caso concreto os pressupostos gerais de que depende o direito de retenção, nomeadamente a conexão material e direta entre o crédito e a coisa, os quais constam do art. 754.º, e ressalvados os requisitos de

---

<sup>95</sup> Em sentido idêntico, entre outros, cfr. FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>96</sup> Em sentido idêntico, cfr., entre outros, IDEM, *Ibidem*, p. 18.

<sup>97</sup> Cfr., em sentido idêntico, IDEM, *Ibidem*, p. 18.

verificação negativa do art. 756.º, o credor poderá beneficiar do direito de retenção, sem exceção, ou seja, ainda que os dois créditos se filiem na mesma relação jurídica<sup>98</sup>.

Nem se diga que sendo o contrato de empreitada um contrato sinalagmático, o qual constitui o âmbito natural da exceção de não cumprimento do contrato (art. 428.º), que a presença desta figura impede o direito de retenção<sup>99</sup>.

Ora, não impede.

De facto, malgrado a exceção de não cumprimento apresente alguma proximidade do direito de retenção, a verdade é que estes dois institutos de defesa privada dos direitos não se confundem<sup>100</sup>.

Assim, de acordo com o preceituado no art. 428.º n.º 1, para que a *exceptio* funcione, exige-se a existência de um vínculo sinalagmático entre as duas obrigações contrapostas, em termos de uma delas constituir a razão de ser da outra. E é por força desse vínculo sinalagmático, que, em princípio, impõe que as duas obrigações recíprocas sejam cumpridas em simultâneo, que se possibilita a uma parte a faculdade de recusar a sua prestação, enquanto a contraparte não se disponibilizar a efetuar a que lhe compete ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo<sup>101</sup>.

Cabe, no entanto, fazer notar que a *exceptio* não desempenha funções de garantia, pois não assegura de forma direta a satisfação do crédito do excecionante, ainda que indiretamente possa conduzir a esse resultado, funcionando então como um mecanismo compulsório que vai pressionar o *solvens* a cumprir a obrigação a que está adstrito, para assim conseguir obter a prestação que lhe interessa<sup>102</sup>.

No entanto, não obstante estas diferenças de função e de regime entre o direito de retenção e a exceção de não cumprimento do contrato, fica de pé o que atrás

---

<sup>98</sup> Cfr., neste sentido, FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 18. No mesmo sentido, escreve GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 21 “*Seria completamente absurdo que, verificando-se os requisitos do artigo 754.º do Código, o direito de retenção fosse excluído pela mera circunstância de os dois créditos provirem do mesmo contrato ou radicarem na mesma relação jurídica*”.

<sup>99</sup> Como diz GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 20 “*a exceção de não cumprimento e o direito de retenção podem coexistir. Pode dar-se a sua justaposição ou cumulação*”. No mesmo sentido, cfr. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 978 e 979.

<sup>100</sup> Sobre este ponto, desenvolvidamente, consultar FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 18 e ss.

<sup>101</sup> Em sentido idêntico, cfr. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 348.

<sup>102</sup> Neste sentido, cfr. FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 18.

dissemos: o facto de a lei conceder a exceção de não cumprimento não obsta a que conceda igualmente o direito de retenção.

Na parte que nos interessa agora, não subsistem dúvidas da existência, no contrato de empreitada, de um nexos sinalagmático entre o direito à execução da obra e o direito ao recebimento do preço<sup>103</sup>. Mas, se neste contrato sinalagmático o empreiteiro estiver obrigado a entregar a obra e o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela, então tal hipótese entra no campo de aplicação do art. 754.º, pelo que nada obsta a que o empreiteiro lance mão do direito de retenção<sup>104</sup>.

Interessa, no entanto, fazer um reparo.

As considerações que fizemos sobre a possibilidade de a *exceptio* e o direito de retenção poderem coexistir no âmbito do mesmo contrato, não invalidam que se diga que, num determinado estágio da execução contratual, o empreiteiro deixe de poder invocar a exceção de não cumprimento do contrato e disponha apenas do direito de retenção<sup>105</sup>. Pense-se no caso do empreiteiro que já executou a obra, em conformidade com o convencionado e sem vícios, mas que ainda não a entregou ao respetivo dono, pois este recusa-se a efetuar a prestação do preço acordado.

Neste caso, o empreiteiro já cumpriu a sua obrigação principal e, ao reter a obra, o empreiteiro pretende que a contraparte cumpra a obrigação principal que sobre ela impende, a prestação do preço, e, para o efeito, suspende a sua obrigação acessória de entrega da obra. Ora, a causa da obrigação principal do dono da obra de pagar o preço é apenas a realização da obra. Assim, uma vez cumprida a obrigação principal pelo empreiteiro, este já não pode invocar a exceção de não cumprimento do contrato, a qual se traduz na recusa de cumprimento da obrigação correspondente de outra obrigação não cumprida<sup>106</sup>. Entendemos, portanto que, neste caso, por não haver o vínculo sinalagmático entre a obrigação de entrega da obra e o dever de pagar o preço do dono da obra, ao empreiteiro apenas caberá o direito de retenção, deixando assim de cumprir

---

<sup>103</sup> É este o sentido do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.04.2010, Proc. n.º 318/2000.E1.S1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), ao admitir que o empreiteiro se prevaleça da exceção de não cumprimento do contrato, enquanto o dono da obra não satisfizer o pagamento do preço correspondente às obras da parte inovada, em vista do restabelecimento do equilíbrio da prestação incumprida.

<sup>104</sup> Em sentido idêntico, cfr. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>105</sup> Neste sentido, IDEM, *Ibidem*, pp. 348 e 349.

<sup>106</sup> Neste sentido, IDEM, *Ibidem*, pp. 348 e 349.

a obrigação secundária de entrega da obra, enquanto o proprietário desta não solver o seu débito.

Tudo nos conduz, portanto, à conclusão de que ao empreiteiro, seja qual for modalidade de empreitada, deve ser reconhecido o direito de retenção sobre a obra construída, enquanto o dono da obra não pagar o preço estipulado no contrato, visto que tal crédito provém de despesas feitas por causa dela (art. 754.º)<sup>107</sup>.

### 3.2. Da medida do crédito garantido pelo Empreiteiro

Ultrapassada a questão que verdadeiramente preocupa a doutrina, de saber se ao empreiteiro deve ser reconhecido o direito de reter a obra construída, neste ponto analisaremos se o direito de retenção conferido ao empreiteiro se limita às despesas realizadas para a execução da obra ou se abrange o preço por inteiro onde se inclui o lucro.

Para FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, a interpretação literal do art. 754.º levaria a concluir “*que o direito de retenção só cobre a importância correspondente às despesas efectivamente suportadas pelo empreiteiro para custear a execução da obra, ficando sujeita ao regime comum a parte do crédito correspondente ao lucro esperado*”<sup>108</sup>.

Em sentido oposto se manifestou CALVÃO DA SILVA, alegando que “*a lei fala de crédito resultante de despesas feitas por causa da coisa e não propriamente do*

---

<sup>107</sup> Pode, pois, dizer-se que a posição favorável ao reconhecimento de direito de retenção ao empreiteiro sobre a obra construída é claramente prevalecente na doutrina e na jurisprudência. Cfr., na doutrina, FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 17 e ss.; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 13 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 339 e ss.; MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, *ob. cit.*, p. 109, nota 93; JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, pp. 18 e ss.; ROMANO MARTINEZ, «*Direito das Obrigações...*», *ob. cit.*, p. 376; MENEZES LEITÃO, «*Direito das Obrigações*, Vol. III...», *ob. cit.*, pp. 525 e ss.; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 316 e ss. Na jurisprudência, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.11.1971, *in* BMJ, n.º 211, pp. 297 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.05.2005, Proc. n.º 05B865, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.06.2008, Proc. n.º 08A1470, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Acórdão da Relação do Porto, de 16.10.1995, Proc. n.º 9550767, cujo sumário se encontra acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Acórdão da Relação do Porto, de 13.07.2000, Proc. n.º 0031010, cujo sumário se encontra acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Acórdão da Relação de Lisboa, de 06.04.2000, CJ, Ano XXV, Tomo II, pp. 130 e ss.; Acórdão da Relação de Évora, de 23.09.1999, *in* BMJ, n.º 489, p. 416.

<sup>108</sup> Cfr. FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21. No mesmo sentido, cfr. JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 19.

*crédito das despesas, podendo dizer-se que o próprio lucro, que se sabe em regra existir embora possa não se saber o quantum, não deixa de ter a sua causa na coisa e nas despesas com ela feitas*<sup>109</sup>.

De *iure constituendo*, porventura, a solução mais justa seria admitir que o direito de retenção conferido ao empreiteiro abrangesse o preço da empreitada por inteiro onde se inclui, para além da retribuição dos serviços e do custo dos materiais e utensílios utilizados na execução da obra, o lucro do empreiteiro, pois, como bem faz notar CALVÃO DA SILVA<sup>110</sup>, seria iníquo que o empreiteiro de um edifício, sendo o solo pertença do dono da obra, não gozasse do direito de retenção, se este apenas pagasse as despesas efetuadas com os materiais e utensílios utilizados na execução da obra.

Simplesmente, a lei diz expressamente que o devedor goza do direito de retenção sobre certa coisa se “*o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela*”. Embora a fórmula utilizada seja algo ambígua, pois não permite ao intérprete determinar, com rigor, se o montante do crédito garantido deve ser igual à importância das despesas suportadas pelo empreiteiro com a execução da obra, afigura-se-nos, no entanto, que o que se quer dizer é que o direito de retenção apenas cobre as despesas e os custos suportados com a obra, ficando assim a descoberto desta garantia o lucro contratual<sup>111</sup>.

Assumida esta conclusão, tem de se concordar, em parte, com a tese de FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, que restringe o montante coberto pelo direito de retenção apenas à importância correspondente às despesas e custos suportados pelo empreiteiro para custear a execução da obra<sup>112</sup>. Mas já não parece razoável adotar a conceção restritiva que estes autores fazem acerca das despesas e custos em que o empreiteiro incorre para custear a execução de uma obra.

Suponhamos que o empreiteiro recebe, na mesma data, duas propostas de empreitada viáveis para construir duas moradias, mas que não possíveis de realizar ao mesmo tempo, dada a escassez de recursos de que dispõe. Nesta hipótese, o empreiteiro vai ser forçado a sacrificar uma alternativa disponível.

---

<sup>109</sup> Cfr. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 343.

<sup>110</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 343.

<sup>111</sup> Em sentido idêntico, cfr. JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>112</sup> Cfr. FERRER CORREIA / JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 21.

Ora bem: no caso mencionado, o que irá acontecer é que, sendo, em regra, os agentes económicos racionais, isto é, almejando sempre a maximização da riqueza, o empreiteiro vai escolher executar a obra que maximize a sua satisfação<sup>113</sup>. Cabe então perguntar, qual vai ser o custo efetivamente incorrido pelo empreiteiro na execução da obra?

A doutrina tem entendido – parece-nos – que os únicos custos em que o empreiteiro incorre com a execução da obra são os designados custos explícitos, ou seja, os custos relacionados com a aquisição de matérias-primas, o pagamento de salários, etc., deixando assim de fora os custos implícitos que também entram nos custos da execução da obra.

ROGER LEROY MILLER define custos implícitos como “*custos de oportunidade em que as firmas incorrem mas que não são explicitamente reconhecidos*”<sup>114</sup>. Qual é então o custo de oportunidade<sup>115</sup> do empreiteiro em ter optado pela realização de uma das obras?

A resposta é simples: se o empreiteiro utiliza os recursos limitados de que dispõe na execução de uma moradia, ele perde a oportunidade de os empregar na execução da outra obra, pelo que o custo de oportunidade, neste caso, será o valor que teria recebido a título de lucro, caso tivesse optado pela realização da alternativa sacrificada.

Em rigor, o lucro perdido que era proporcionado pela alternativa abdicada faz parte dos custos incorridos pelo empreiteiro na execução da obra. De todo o modo, sempre recairá sobre o empreiteiro o ónus de provar a existência de uma alternativa disponível que teve de ser sacrificada<sup>116</sup>.

Visto isto, sempre podemos concluir que o direito de retenção só cobre as despesas e os custos incorridos pelo empreiteiro na execução da obra, ficando assim a

---

<sup>113</sup> A propósito da teoria da firma e da produção, em que o lucro ou a maximização da riqueza é a hipótese fundamental, veja-se ROGER LEROY MILLER, *Microeconomia, Teoria, Questões & Aplicações*, São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1981, p. 160.

<sup>114</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 217.

<sup>115</sup> ROGER LEROY MILLER, *ob. cit.*, p. 217, entende o custo de oportunidade como o “*valor que se perde com os recursos em seu melhor uso alternativo; uma alternativa disponível actualmente que é sacrificada*”.

<sup>116</sup> ROGER LEROY MILLER, *ob. cit.*, p. 188, refere que “*estritamente falando, quando não há alternativa disponível sendo sacrificada, não há custo envolvido na utilização do recurso*”. Não podemos concordar inteiramente com esta opinião, porquanto há sempre uma alternativa sacrificada. No limite, temos as taxas de juro de mercado sem risco.

descoberto desta garantia a parte do crédito correspondente ao lucro contratual. No entanto, consideramos que não há motivo razoável para distinguir os custos explícitos da execução de uma obra dos custos implícitos, para excluir o direito de retenção destes últimos.

### ***3.3. Da (in)existência do direito de retenção a favor do Subempreiteiro face ao Dono da Obra como forma de garantia de créditos de que seja titular perante o Empreiteiro***

A nossa lei, no art. 1213.º n.º 1, define a subempreitada como “*o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela*”. Daqui decorre, imediatamente, que são pressupostos deste subcontrato a existência de dois contratos distintos: um contrato prévio – o contrato principal –, nos termos do qual o empreiteiro se vincula a realizar certa obra; e um segundo contrato – o contrato derivado –, nos termos do qual um terceiro – subempreiteiro – se obriga para com o empreiteiro a realizar toda ou parte da obra empreitada<sup>117</sup>.

Dito isto, passemos agora à análise de um problema que tem gerado na doutrina alguma controvérsia.

Dissemos já que o empreiteiro goza do direito de retenção sobre a obra construída, enquanto o dono da obra não pagar o preço acordado. Mas será que o subempreiteiro, na falta de pagamento do preço da subempreitada, goza de igual direito sobre a coisa propriedade do dono da obra?

No sentido afirmativo pronuncia-se ROMANO MARTINEZ<sup>118</sup> “*ao empreiteiro deve ser concedida uma acção directa contra o dono da obra para exigir o pagamento do preço da obra realizada em subempreitada. E, caso este não seja pago, nada obsta a que o subempreiteiro exerça o direito de retenção com respeito à parte da obra por ele executada, mesmo que esta seja propriedade do primeiro contraente*”.

---

<sup>117</sup> Cfr., neste sentido, ROMANO MARTINEZ, «*Direito das Obrigações...*», *ob. cit.*, p. 403.

<sup>118</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 418. No mesmo sentido, cfr. MENEZES LEITÃO, «*Direito das Obrigações*, Vol. III...», *ob. cit.*, p. 526.

Não nos parece que seja esta a melhor solução.

Ponto a salientar, num primeiro momento, é a desconsideração que a doutrina acima identificada demonstra pelo carácter relativo que têm os direitos de crédito. Assim, nas palavras de MENEZES LEITÃO<sup>119</sup>, “o direito de crédito apresenta-se como o direito de exigir de outrem uma prestação. Consequentemente, só pode ser exercido pelo seu titular, o credor, contra outra pessoa determinada que tenha o correlativo dever de prestar, ou seja, o devedor, estruturando-se, por isso, com base numa relação jurídica entre dois sujeitos”.

Acima dissemos que na subempreitada encontramos a existência de dois contratos distintos: um contrato principal, donde nascem relações entre o empreiteiro e o dono da obra, ficando o primeiro vinculado para com o segundo a realizar uma obra, e este, por seu turno, fica vinculado para com o empreiteiro a pagar o preço da empreitada; e um contrato derivado, donde nascem relações entre o empreiteiro e o subempreiteiro, ficando este adstrito a realizar toda ou parte da obra empreitada, tendo como contrapartida o direito a exigir do empreiteiro o pagamento do preço da subempreitada. Parece redundante reafirmá-lo, mas justifica-se que o façamos, pois o que pretendemos pôr em destaque é que do contrato derivado nascem direitos e obrigações para o empreiteiro e subempreiteiro, em relação às quais o dono da obra é terceiro, pois não figura como parte no contrato de subempreitada<sup>120</sup>.

E não podendo esquecer que, por via da regra, os dois contratos – de empreitada e de subempreitada – seguem uma finalidade económica comum, e que têm identidade, pelo menos parcial, de conteúdo e de objeto, o certo é que ainda assim estes dois contratos se mantêm distintos e individualizados<sup>121</sup>. Se é assim, os direitos de crédito que eventualmente surjam de cada um desses contratos operam só *inter partes*, ou seja, o crédito de uma das partes vale apenas como pretensão contra o seu devedor, segundo o princípio da relatividade dos contratos (art. 406.º n.º 2), não procedendo em relação a terceiros.

---

<sup>119</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7.ª Ed., Coimbra: Almedina, p. 98.

<sup>120</sup> Neste sentido, cfr. CARVALHO FERNANDES, “Da subempreitada”, in *Direito e Justiça*, Vol. XII, Tomo I, p. 90. Com entendimento semelhante, cfr., na jurisprudência, o Acórdão da Relação do Porto, de 17.01.2012, Proc. n.º 8609/06.2TBVNG.P1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>121</sup> Cfr., neste sentido, ROMANO MARTINEZ, «*Direito das Obrigações...*», *ob. cit.*, pp. 403 e ss.

O que fica dito constitui, em nosso entender, argumento suficiente para afastar a tese da doutrina que afirma ser de reconhecer ao subempreiteiro o direito a não restituir a obra ao dono desta, em caso de falta de pagamento do preço da subempreitada, pois, de outro modo, como bem observa JÚLIO GOMES<sup>122</sup> “*conferir-se-ia ao credor um meio de defesa contra uma pessoa relativamente à qual não lhe assiste qualquer pretensão*”. Pois, como na altura própria se assinalou, a obrigação de pagar o preço da subempreitada impende sobre o empreiteiro. É a este que, segundo o direito substantivo, o direito de crédito do subempreiteiro pode ser oposto, e não ao dono da obra que nenhum dever de prestar tem para com o subempreiteiro.

Como facilmente se verifica, na subempreitada falta um pressuposto expressamente previsto no art. 754.º, de que depende o surgimento do direito de retenção a favor do subempreiteiro face ao dono da obra, qual seja, a de que o credor do direito à entrega – dono da obra – seja sujeito passivo de uma relação creditícia cujo credor é o obrigado à entrega da coisa retida – subempreiteiro<sup>123</sup>. Ora, na subempreitada não se verifica esta reciprocidade de créditos entre o subempreiteiro e o dono da obra.

Em conclusão: não tendo o empreiteiro satisfeito o preço da subempreitada, não pode o subempreiteiro invocar o direito de retenção sobre a obra contra o dono da obra, por carecer de qualquer direito de crédito sobre este, sob pena de se postergar a eficácia relativa dos contratos<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>123</sup> Neste sentido, cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 102. Na jurisprudência, perfilhando o mesmo entendimento, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.05.1981, Proc. n.º 69192, *in BMJ*, n.º 307, p. 271.

<sup>124</sup> No sentido defendido no texto, cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 102; JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, pp. 14 e ss.. Na jurisprudência, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.05.1981, Proc. n.º 69192, *in BMJ*, n.º 307, pp. 270 e ss. Admitindo, no entanto, que o subempreiteiro invoque o direito de retenção contra o empreiteiro, quando a obra objeto da subempreitada tenha autonomia em relação a obra empreitada, veja-se, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 102.

#### 4. Conclusão

É tempo de terminar. Temos consciência de que muitas questões ficaram por tratar e que o tema abordado não teve a profundidade merecida. De qualquer modo, não podemos concluir este nosso conspecto sem sumariar as conclusões mais importantes que decorrem das reflexões que fizemos.

Das considerações que antecedem, verificamos então que o direito de retenção é, estruturalmente, um direito real de garantia com uma dúplice manifestação quanto aos seus efeitos:

- a garantia do recebimento do crédito que ele garante, com o privilégio que a Lei lhe reconhece;
- a faculdade de retenção da coisa até que seja aquele crédito solvido.

No que tange à dúvida de fundo do nosso trabalho, constatamos que na doutrina se confrontam duas teses antagónicas acerca da atribuição ao empreiteiro do direito de retenção sobre a obra construída em caso de relapsidão do dono da obra. Trata-se de uma questão não solucionada pelo legislador.

Pela nossa parte, cremos não haver razão para denegar ao empreiteiro o direito de retenção sobre a obra em construção ou já construída, pois o caso do empreiteiro é subsumível na norma contida no art. 754.º. Aliás, em abono da nossa posição, ressalta uma razão de *realismo*, já que importa reconhecer que as despesas que o empreiteiro realiza para lograr alcançar o resultado da prestação de serviços contratada com o dono da obra são, inelutavelmente, despesas feitas por causa dessa coisa; e sob este ponto de vista, pode dizer-se que é indiferente que tais despesas visem a conservação / melhoramento da coisa ou a sua construção / fabricação, pois que tanto umas como outras são efectuadas por causa da coisa (*debitum cum re iunctum*).

Por outro lado, a conceção restritiva de despesas e custos em que o empreiteiro incorre para custear a execução da obra, encurtando o seu sentido e alcance, não merece acolhimento, na medida em que carece que qualquer suporte legal. Na verdade, não há motivo para limitar o direito de retenção apenas aos denominados custos explícitos da execução da obra, preterindo do manto desta garantia os custos implícitos. Em boa

verdade, tanto uns como outros são custos incorridos pelo empreiteiro na execução da obra, pelo que ambos devem ser assegurados pelo direito de retenção.

Finalmente, é de salientar que, não sendo o dono da obra responsável pela satisfação do crédito de que é titular o subempreiteiro por causa de um contrato de subempreitada outorgado entre este e o empreiteiro, não pode o subempreiteiro invocar o direito de retenção contra o dono da obra para garantia do crédito emergente daquele contrato, pois não existe a reciprocidade de créditos exigida pelo art. 754.º do Código Civil. Esta tese, de resto, adequa-se ao regime da lei portuguesa, atento o disposto no art. 406.º n.º 2 do Código Civil, que consagra o princípio da eficácia relativa dos contratos.

## Índice de Jurisprudência

(entre parêntesis, menciona-se a página e a nota de rodapé onde o Aresto foi citado)

### 1. Supremo Tribunal de Justiça

- 19.11.1971, in *BMJ*, n.º 211, pp. 297 – 302 (pp. 38, n. 107)
- 28.05.1981, in *BMJ*, n. 307, pp. 266 – 271 (pp. 43, n. 123), (pp. 43, n. 124)
- 07.10.1982, in *BMJ*, n.º 320, pp. 407 – 415 (pp. 12, n. 14), (pp. 23, n. 56), (pp. 24, n. 57)
- 03.11.1983, in *ROA*, Ano 45, Vol. I (1985), pp. 113 – 127 (pp. 27, n. 70)
- 02.02.1988, in *BMJ*, n.º 374, pp. 449 – 454 (pp. 27, n. 70)
- 26.05.94, in *CJ*, Ano II, Tomo II, pp. 118 – 120 (pp. 19, n. 39)
- 08.04.1997, Proc. n.º 96A849, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 28, n. 74)
- 23.09.2004, in *CJ*, Ano XII, Tomo III, pp. 27 – 29 (pp. 23, n. 53)
- 05.05.2005, Proc. n.º 05B865, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 29, n. 76) , (pp. 38, n. 107)
- 03.06.2008, Proc. n.º 08A1470, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 38, n. 107)
- 15.04.2010, Proc. n.º 318/2000.E1.S1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 37, n. 103)
- 30.09.2010, Proc. n.º 341/08.9TCGMR.G1.S2, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 12, n. 12)
- 10.05.2011, Proc. n.º 661/07.0TBVCT-AG1.S1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 12, n. 13)

### 2. Tribunais da Relação

- Lisboa, 05.06.1984, in *CJ*, Ano IX, Tomo III, pp. 137 – 140 (pp. 28, n. 74)

- Évora, 29.03.90, in *CJ*, Ano XV, Tomo II, pp. 285 – 286 (pp. 14, n. 22)
- Porto, 16.10.1995, Proc. n.º 9550767, cujo sumário se encontra acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 38, n. 107)
- Évora, 05.06.1997, in *CJ*, Ano 1997, Tomo II, pp. 269 – 271 (pp. 27, n. 71)
- Lisboa, 06.04.2000, in *CJ*, Ano XXV, Tomo II, pp. 130 – 132 (pp. 21, n. 43), (pp. 38, n. 107)
- Porto, 13.07.2000, Proc. n.º 0031010, cujo sumário se encontra acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 38, n. 107)
- Évora, 22.01.2004, in *CJ*, Ano XXIX, Tomo I, pp. 242 – 244 (pp. 17, n. 30)
- Lisboa, 17.02.2004, in *CJ*, Ano XXIX, Tomo I, pp. 120 – 122 (pp. 19, n. 39)
- Coimbra, 15.05.2007, in *CJ*, Ano 2007, Tomo III, pp. 5 – 7 pp. 27, n. 67)
- Porto, 31.01.2011, Proc. n.º 796/06.6TBLMG.P1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 23, n. 53)
- Porto, 17.01.2012, Proc. n.º 8609/06.2TBVNG.P1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (pp. 42, n. 120)

## Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

- *Contratos II*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011

ANDRADE, Manuel Domingues de

- *Teoria Geral das Obrigações* (com a colaboração de Rui de Alarcão). 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues

- *Notas ao Código Civil*, Vol. III. Lisboa: [s. n.], 1993

CORREIA, Ferrer / MESQUITA, M. Henrique

- «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Novembro de 1983», in *ROA*, Ano 45, Vol. I (1985), pp. 129 - 158

CORREIA, Ferrer / RIBEIRO, Joaquim de Sousa

- «Direito de Retenção. Empreiteiro», in *CJ*, Ano XIII, Tomo I, pp. 15 - 23

COSTA, M. J. Almeida

- *Direito das Obrigações*, 11ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2008

COSTA, Salvador da

- *O Concurso de Credores*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005

DUARTE, Rui Pinto

- *Curso de Direitos Reais*, 1ª ed. Cascais: Principia, 2002

FERNANDES, Luís Carvalho

- «Da subempreitada», in *Direito e Justiça*, Vol. XII, Tomo I, pp. 90 - 102

- *Lições de Direitos Reais*, 5ª ed., revista e remodelada. Lisboa; Quid Juris Sociedade Editora, 2007

FONSECA, Maria Helena de Lemos Garcia da

- «Existência no Direito Português do Direito de Retenção como Instituto de Caracter Geral», in *ROA*, Ano 10, N.º 1 e 2 (1950), pp. 372 - 397

FRANÇA, Miguel Ângelo

- «Direito de Retenção (Algumas das) suas Implicações na Acção Executiva», in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 11, 2003, pp. 85 e ss.

FREITAS, José Lebre de

- *A Acção Executiva Depois da Reforma da reforma*, 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

GOMES, Júlio

- «Do Direito de Retenção (arcaico, mas eficaz...), in *CDP*, 2005, pp. 3 – 25

GONÇALVES, Luiz da Cunha

- *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 1933

HÖRSTER, Heinrich

- *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2009

LEITÃO, Menezes

- *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008
- *Direito das Obrigações*, Vol. III, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2008
- *Direitos Reais*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes

- *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., revista e actualizada (com a colaboração de Henrique Mesquita). Coimbra: Coimbra Editora, 1987
- *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1997

MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos

- *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da Ohada*. Coimbra: Almedina, 2009

MARQUES, J. Dias

- *Noções Elementares de Direito Civil*. 3ª ed. Lisboa: [s. n.], 1969

MARTINEZ, Pedro Romano

- *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada.*, 2ª ed.. Coimbra: Almedina, 2001

MILLER, Roger Leroy

- *Microeconomia, Teoria, Questões & Aplicações*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1981

MOREIRA, Guilherme A.

- *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. II (Das Obrigações). Coimbra: Coimbra Editora, 1925

PACHECO, Carneiro

- *O Direito de Retenção na Legislação Portuguesa*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1911

PEREIRA, Jorge de Brito

- «Do Conceito de Obra no Contrato de Empreitada», in *ROA*, Ano 54, Vol. II (1994), pp. 569 - 622

PINTO, Carlos Mota

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4<sup>a</sup> ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

PROENÇA, Brandão

- *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, grupo WoltersKluwer, 2011

SERRA, Vaz

- «Direito de Retenção», in *BMJ*, n.º 65, 1957

SILVA, João Calvão da

- *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Separata do Vol. XXX, do suplemento do BFDUC, Coimbra, 1987

SOTTOMAYOR, Maria Clara

- *Invalidez e Registo, A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010

TELLES, Galvão

- «O Direito de Retenção no Contrato de Empreitada», in *O Direito*, 106 – 119, (1974 – 1987), pp. 13 – 34

VARELA, Antunes

- «Parecer», in *ROA*, Ano 45, Vol. I (1985), pp. 159 - 197

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II 2ª Reimpressão da 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de

- *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2010

VILALONGA, José Manuel

- «Compra e Venda e Empreitada. Contributo para a distinção entre os dois contratos», in *ROA*, Ano 57, Vol. I (1997), pp. 183 - 228