

A OPONIBILIDADE DO DIREITO DE RETENÇÃO*

Ana Taveira da Fonseca**

Introdução: algumas considerações gerais sobre o âmbito da oponibilidade do direito de retenção em contraponto com o da exceção de não cumprimento; i) da possibilidade de o direito de retenção se constituir quando a coisa retida pertence ao próprio retentor; ii) a oponibilidade do direito de retenção ao proprietário da coisa retida que não seja o devedor do contracrédito conexo; iii) a prevalência do direito de retenção sobre imóveis relativamente às hipotecas anteriormente constituídas; iv) a recusa de cumprimento de uma obrigação para tutela de um direito de crédito para lá da exceção de não cumprimento e do direito de retenção. A impossibilidade de aplicação por analogia do direito de retenção a outras situações de conexão jurídica em virtude da oponibilidade a terceiros deste direito. A solução proposta para o problema.

Introdução: algumas considerações gerais sobre o âmbito da oponibilidade do direito de retenção em contraponto com o da exceção de não cumprimento

Através do direito de retenção, reconhece-se ao devedor da restituição de uma coisa a faculdade de não a entregar até que seja realizada uma prestação que se encontre numa relação de conexão material (art. 754.º do CC¹) ou jurídica (art. 755.º) com essa mesma coisa.

Esta faculdade de o devedor recusar a realização de uma prestação até que o credor efetue, por sua vez, aquela a que está adstrito para com ele existe igualmente sempre que as obrigações se encontrem unidas pelo vínculo do sinalagma e o devedor não estiver obrigado a cumprir antes do credor,

¹ Pertencem ao Código Civil português vigente todos os preceitos legais doravante referidos sem indicação da respetiva proveniência.

* O presente texto corresponde à intervenção da autora no *II Colóquio sobre o Código Civil*, no âmbito das comemorações do seu cinquentenário, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça e que teve lugar no dia 18 de Maio de 2017.

** Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

porque a este é reconhecida a exceção de não cumprimento (arts. 428.º a 431.º). É o que sucede também com o direito que assiste ao devedor de recusar a realização da prestação até que o credor lhe entregue a quitação (art. 786.º, n.º2) ou lhe restitua o documento que titula a obrigação (art. 788.º).

Do ponto de vista dos *efeitos inter partes*, o direito de retenção não difere, por isso, de outras exceções dilatórias de direito material, como a exceção de não cumprimento. Constitui uma causa de exclusão da ilicitude que afasta a aplicação do regime previsto para o incumprimento imputável ao devedor. Como o devedor recusa a prestação por o credor não prestar a colaboração necessária para que aquele a realize, o que haverá é antes mora do credor (arts. 813.º e ss.).

É, por conseguinte, na *oponibilidade a terceiros* que reside a principal diferença do direito de retenção relativamente às demais exceções dilatórias de direito material. Ao contrário destas, este constitui também um direito real de garantia através do qual é possível ao retentor ser pago com preferência pelo valor da coisa retida (art. 604.º, n.º2).

O direito de retenção é, assim, oponível àquele que, após a sua constituição, venha a adquirir um outro direito real que tenha por objeto a mesma coisa, sobre este prevalecendo. Prevalência reforçada, no caso dos imóveis, pelo facto de o direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca anteriormente registada (art. 759.º, n.º2).

O direito de retenção, enquanto garantia real, constitui também uma exceção ao princípio da *par conditio creditorum* (art. 604.º, n.º1), uma vez que através dele se atribui ao retentor uma preferência relativamente aos credores comuns do mesmo devedor.

A oponibilidade do direito de retenção a terceiros quando comparada com a oponibilidade da exceção de não cumprimento suscita alguma perplexidade. A exceção de não cumprimento, apesar de encontrar o seu fundamento no sinalagma, ou seja, numa relação de maior proximidade entre os créditos do que aquela que é exigida no direito de retenção, só é oponível aos que no contrato vierem a substituir qualquer dos contraentes nos seus direitos e obrigações (art. 431.º). É o que acontece sempre que um dos contraentes adquire *inter vivos* ou *mortis causa* a posição jurídica da parte a quem a exceção de não cumprimento foi ou pode ser oposta. A exceção de não cumprimento só constitui, contudo, uma limitação para aqueles que, de alguma forma, adquirem um direito ou uma obrigação abrangida pelo vínculo de sinalagmaticidade. Não limita ou onera o direito de propriedade mesmo que a prestação recusada tenha por objeto a entrega de uma coisa certa, o que significa que, nestes casos, a tutela conferida ao *excipiens* é especialmente frágil, uma vez que a oposição da exceção de não cumprimento não impede o credor da entrega da coisa de a alienar, enquanto proprietário, a um terceiro que passa a ter o direito de a reivindicar do *excipiens*, que será obrigado a entregá-la mesmo que a sua contraparte ainda não tenha realizado a contraprestação a que estava adstrita.

Maior é ainda a perplexidade quando percebemos que a nossa opção legislativa não encontra paralelo noutros ordenamentos jurídicos. No direito alemão, reconhece-se, em termos gerais, ao devedor a faculdade de recusar o cumprimento da sua obrigação sempre que for titular de uma pretensão exigível emergente da mesma relação jurídica (*aus demselben rechtlichen Verhältnis*) até que a prestação que lhe é devida seja realizada. A doutrina e a jurisprudência alemãs têm, contudo, entendido ser suficiente que os créditos derivem da mesma relação da vida (*“innerlich zusammenhängendes Lebensverhältnis”*) e seja considerado contrário à boa fé exigir o

cumprimento de um deles sem cuidar do cumprimento simultâneo da obrigação recíproca². Este direito de retenção civil não é, porém, oponível a terceiros (§§273 e 274 do BGB). Constitui somente uma exceção dilatória de direito material que permite ao retentor recusar-se a cumprir até que o credor cumpra por sua vez uma obrigação conexa com a do retentor³. Só o direito de retenção mercantil, que é atribuído ao comerciante que seja credor de outro comerciante para garantia de um crédito emergente das suas relações comerciais recíprocas, confere ao retentor um direito real de garantia (§§ 369 e ss. do HGB)⁴.

Em França, apesar de a reforma do direito das garantias ter procedido ao alargamento do âmbito de aplicação do direito de retenção, continua a não se conferir ao retentor qualquer direito de preferência, mas tem predominado o entendimento de que o direito de retenção, pelo menos quando que se funda numa conexão material entre a coisa retida e o crédito, é oponível não só ao proprietário do bem retido, mesmo que este não seja o devedor do contracrédito, mas também aos restantes credores do devedor, ainda que no âmbito de um procedimento coletivo⁵. No caso de a conexão ser meramente jurídica, já se tem admitido a oponibilidade do direito àqueles que vêm a

² Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., München, 1987, p. 214, GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, p. 670, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.^a ed., Berlin, 2006, p. 267 e PETER GRÖSCHLER, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, §§241-432, Tübingen, 2007, pp. 833 e 834.

³ Sobre o modelo germânico de direito de retenção, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, Coimbra, 2016, pp. 334 e ss.

⁴ Cfr. STAUB/ CANARIS, *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, 4, §§ 343-382, 4.^a edição, 2004, [§§ 369-372], pp. 61 e ss.

⁵ Cfr. AYNÈS/CROCQ, *Droit des Sûretés*, 10.^a ed, Paris, 2016, pp. 247 e ss.

adquirir o direito de propriedade depois de o direito de retenção se ter constituído.

No direito italiano, levantam-se muitas dúvidas relativamente ao carácter unitário da figura. Ao lado dos direitos de retenção simples⁶ que não atribuem ao seu titular qualquer direito de preferência, embora sejam considerados oponíveis a terceiros, nomeadamente aos adquirentes do bem retido, como consequência do princípio do *nemo plus iuris*⁷, há direitos de retenção privilegiados que concedem ao seu titular o direito a ser pago com preferência⁸.

A propósito da oponibilidade a terceiros do direito de retenção tal qual esta se encontra consagrada no nosso Código Civil de 1966, propomo-nos tratar quatro questões:

⁶ O direito de retenção simples é reconhecido ao possuidor de boa fé para garantia do pagamento das despesas de reparação ou melhoramento da coisa possuída (art. 1152 do CC italiano); ao usufrutuário e ao titular de um direito de uso ou de habitação pela realização de reparações ou despesas que eram da responsabilidade do proprietário (art. 1006 e 1011 do CC italiano); ao enfiteuta até ao reembolso de despesas de melhoramento do fundo (art. 975 do CC italiano) e ao comprador a retro até ser restituído do preço e demais despesas havidas com o contrato (art. 1502.º do CC italiano).

⁷ Cfr. SEMIANI BIGNARDI, *La Ritenzione nell'Esecuzione Singolare e nel Fallimento*, Padova, 1960, pp. 30 e ss., ANGELO SATURNO, “Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità”, *Rassegna di Diritto Civile*, 1991, I, pp. 74 e 75 e D’AVANZO, “Ritenzione (Diritto di)”, *Novissimo Digesto italiano*, XVI, Torino, 1969, pp. 178 e 179. Entendendo que a retenção simples só opera até à venda executiva, não sendo oponível em caso de insolvência nem àquele que adquiriu o bem através de uma venda executiva v. ENRICO AL MUREDEN, “Ritenzione legale e ritenzione convenzionale”, *Contratto e Impresa*, ano 13, n.º1, 1997, pp. 203 a 205 e MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, VII, *Le Garanzie Reali, la Prescrizione*, Milano, 2012, p. 301.

⁸ O direito de retenção privilegiado é atribuído ao detentor de coisa móvel até ser satisfeito o crédito emergente de despesas feitas na coisa retida (art. 2756 do CC italiano), ao transportador, ao mandatário ou ao depositário até serem pagos os créditos emergentes do respetivos contratos (art. 2761 do CC italiano).

- i) a primeira prende-se com a possibilidade de o direito de retenção se constituir quando a coisa retida pertence ao próprio retentor;
- ii) a segunda relaciona-se com a oponibilidade do direito de retenção aos proprietários da coisa retida que não sejam os devedores do contracrédito conexo que justifica o direito de retenção;
- iii) a terceira respeita à prevalência do direito de retenção sobre imóveis relativamente às hipotecas anteriormente constituídas;
- iv) e, por último, a impossibilidade de aplicação por analogia do direito de retenção a outras situações de conexão jurídica em virtude da oponibilidade a terceiros deste direito.

i) Da possibilidade de o direito de retenção se constituir quando a coisa retida pertence ao próprio retentor

O facto de o direito de retenção constituir um direito real de garantia obriga-nos, em primeiro lugar, a questionar se este direito pode incidir sobre bens do retentor ou se tem necessariamente de constituir um *ius in re aliena*. Se dúvidas não se colocam relativamente à possibilidade de o *excipiens* poder recusar a entrega de uma coisa de que é proprietário até que a contra-obrigação unida pelo vínculo do sinalagma seja cumprida, a doutrina portuguesa maioritária, onde se incluem ANTUNES VARELA⁹, GALVÃO

⁹ Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações em geral*, vol. II, Almedina, 7.^a ed., Coimbra, 1999, p. 579.

TELLES¹⁰, CALVÃO DA SILVA¹¹ e PINTO DUARTE¹², considera que o direito de retenção só pode recair sobre uma coisa alheia, ou seja, não pertencente ao retentor por se tratar de um *ius in re aliena*.

A questão foi aflorada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Janeiro de 2014¹³, que teve como relator o Juiz Conselheiro JOÃO BERNARDO, onde se refere que “no caso de empreitada de construção de coisa móvel, em que o empreiteiro fornece, total ou parcialmente, os materiais, este mantendo-se proprietário até à aceitação da obra (artigo 1212.º, n.º1 do Código Civil), não tem direito de retenção porque lhe assiste o direito, mais profundo, de propriedade”, não se esclarecendo, porém, na decisão se poderia, enquanto proprietário, recusar a entrega da coisa até que o preço fosse pago.

Posição contrária àquela que é generalizadamente defendida pode, contudo, ser adotada, visto que não existe qualquer restrição legal da qual se possa retirar que o retentor não pode em nenhuma circunstância ser o proprietário da coisa retida. A solução largamente dominante é consequência de se ter somente em consideração que o direito de retenção atribui ao seu titular um direito de preferência sobre o valor da coisa retida e se esquecer que este constitui também uma exceção dilatória de direito material que atribui ao seu titular o direito a recusar o cumprimento até que um crédito conexo seja satisfeito. A circunstância de o devedor da entrega da coisa ser

¹⁰ Cfr. GALVÃO TELLES, “O direito de retenção no contrato de empreitada”, *O Direito*, ano 106-119, 1974-1987, p. 22.

¹¹ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 342⁽⁶²²⁾.

¹² Cfr. PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª ed., Lisboa, 2013, p. 290.

¹³ Ac. do STJ de 29 de janeiro de 2014, processo n.º 1407/09.3TBAMT.E1.S1

simultaneamente o seu proprietário não impede que este possa recusar a sua entrega àquele que não está disposto a realizar uma prestação conexa.

Mesmo que se admita que o direito de retenção pode ter por objeto uma coisa pertencente ao próprio retentor, deve ao nível dos efeitos distinguir-se as situações em que o direito de propriedade já existia à data da constituição do direito de retenção daquelas em que o retentor adquire posteriormente um direito de propriedade sobre a coisa retida.

Quando a aquisição do direito de propriedade precede a constituição do direito de retenção, deve entender-se que a *retentio* confere ao retentor o direito de recusar a entrega da coisa, mas não um direito de preferência. Solução contrária implicaria admitir a possibilidade de, *ab initio*, se constituir um direito real menor sobre uma coisa própria, solução que o legislador parece ter afastado.

Sempre que o titular do direito de retenção já constituído vem posteriormente a adquirir a propriedade da coisa retida, pode até considerar-se que o direito de preferência se mantém se nisso o retentor tiver interesse. Tal como o credor hipotecário ou o credor pignoratício, no caso de adquirirem o bem objeto da garantia em sede de venda judicial, mantêm a preferência de que gozavam sobre o bem penhorado relativamente ao produto da venda (art. 824.º, n.º3)¹⁴, assim também o retentor que adquire extrajudicialmente o bem retido, depois de o direito de retenção se ter constituído, pode manter o direito a ser pago com preferência. Apesar de o art. 871.º, n.º4 só prever expressamente essa possibilidade relativamente ao penhor e à hipoteca, como o retentor goza dos mesmos direitos do credor

¹⁴ Cfr. Ac. do Tr. do TrRelLx de 11 de maio de 1995, CJ, 1995, t. 3, pp. 102 e ss. (MOREIRA CAMILO); Ac. do STJ de 30 de janeiro de 2003, processo n.º 02B4471 (NASCIMENTO COSTA) e Ac. do TrRelLx de 17 de fevereiro de 2004, CJ, 2004, t. 1. pp. 120 e ss. (ABRANTES GERALDES).

pignoratício, de acordo com a remissão estabelecida nos arts. 758.º e 759.º, n.º3¹⁵, é possível concluir que o direito de retenção pode também não se extinguir quando o retentor adquire extrajudicialmente o bem retido e tenha um interesse legítimo na sua manutenção. Tal sucederá, por exemplo, se existir uma hipoteca sobre a qual o direito de retenção prevaleça (art. 759.º, n.º2).

ii) A oponibilidade do direito de retenção ao proprietário da coisa retida que não seja o devedor do contracrédito conexo

A segunda questão que a oponibilidade do direito de retenção pode suscitar é a de saber se este é oponível ao proprietário da coisa retida que não seja o devedor do contracrédito conexo.

Aquele que tem a detenção lícita de uma coisa e é simultaneamente credor de um contracrédito conexo pode naturalmente recusar a sua restituição ao devedor desse mesmo crédito. Mais duvidoso é que aquele seja oponível ao proprietário que não é devedor do contracrédito. Pense-se a este propósito na possibilidade de o dono da oficina opor o direito de retenção ao proprietário de um automóvel enquanto o locatário financeiro do veículo não pagar o preço da reparação (art. 754.º)¹⁶ ou de o albergueiro reter as malas que pertencem a um terceiro, até que lhe seja pago o preço da estadia pelo

¹⁵ Cfr. FRANCISCO ROCHA, “Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria”, RFDUL, vol. LI, 1-2, 2010, pp. 630 e ss.

¹⁶ Pode, a este propósito, questionar-se se o direito de retenção garante o pagamento de todo o preço ou só da parte correspondente às despesas realizadas pelo prestador do serviço. Para um maior desenvolvimento do problema, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, cit., pp. 312 e 313.

cliente (art. 755.º, n.º1, al. a).

No art. 895, 3, do Código Civil suíço prevê-se expressamente que o direito de retenção também pode ter por objeto coisas de que o devedor do contracrédito não seja proprietário, desde que o retentor as tenha recebido de boa fé. Solução idêntica não ficou consagrada na nossa lei civil, ao contrário do que havia proposto VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios. De acordo com o autor, o direito de retenção podia recair sobre uma coisa pertencente a um terceiro se o retentor estivesse de boa fé e se a não atribuição de direito de retenção implicasse um locupletamento do proprietário da coisa à custa do retentor¹⁷.

Procura-se, por vezes, resposta para o problema enunciado na oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção¹⁸, quando desta só pode extrair-se que o direito de retenção já constituído ou constituído concomitantemente com a transferência da propriedade é oponível aos adquirentes do bem retido ainda que o devedor do contracrédito seja o anteproprietário. A questão foi recentemente discutida em Aresto deste Supremo Tribunal de 14 de Dezembro de 2016 relatado pelo Conselheiro ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA¹⁹. O tribunal decidiu – quanto a nós bem - revogar a decisão do Tribunal Relação do Porto de 31 de Maio de 2016 (RODRIGUES PIRES)²⁰ que tinha considerado que o direito de retenção, constituído por dívida do anteproprietário, não era oponível ao adquirente

¹⁷ Cfr. VAZ SERRA, “Direito de Retenção”, BMJ, n.º 65, 1957, pp. 231 e 232.

¹⁸ A título exemplificativo, v. CLÁUDIA MADALENO, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais – A Hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, 2008, pp. 85 e s., FRANCISCO ROCHA, “Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria”, pp. 627 e ss. e PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 289.

¹⁹ Ac. do STJ de 14 de dezembro de 2016, processo n.º 662/09.3TVPRT.P1.S1

²⁰ Ac. do TrRelPt de 31 de maio de 2016, processo n.º 662/09.3TVPRT.P1

desse imóvel.

Da oponibilidade *erga omnes* não se pode deduzir que é possível a constituição do direito de retenção quando a propriedade da coisa retida não pertence *ab initio* ao devedor do contracrédito, porquanto o problema que aí se coloca é o da legitimidade para a constituição do direito e não o da oponibilidade do mesmo. O devedor do contracrédito não tem legitimidade para onerar o direito de propriedade de que não é titular nem essa oneração parece resultar da lei. Não pode, por isso, a coisa retida responder preferencialmente por uma dívida que o seu proprietário não contraiu.

Mesmo que o retentor esteja de boa fé por desconhecer sem culpa que a coisa pertencia a outrem, num sistema como o português em que a posse não vale título, dificilmente se poderá alicerçar o fundamento para o reconhecimento deste direito de retenção na boa fé do retentor.

Alguma doutrina estrangeira²¹ tem admitido a possibilidade de o direito de retenção ser oponível ao proprietário quando o retentor tenha aumentado o valor da coisa retida por, de outra forma, poder existir um locupletamento daquele à custa do retentor, mas não parece que tal posição seja maioritariamente acolhida nos nossos tribunais superiores. A este propósito são relevantes as decisões do Supremo Tribunal da Justiça de 27 de novembro de 1997 (ALMEIDA E SILVA)²², do Tribunal da Relação de Guimarães de 28 de setembro de 2006 (ANTÓNIO GONÇALVES)²³ e do Tribunal da Relação de Coimbra de 1 de junho de 2010²⁴. Nesta última, de que foi relator o agora Juiz Conselheiro TÁVORA VÍTOR, não se reconheceu

²¹ Cfr. STAUB/ CANARIS, *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, cit., §§ 369-372, n.º36, pp. 72 e 73.

²² Ac. do STJ de 27 de novembro de 1997, CJ (STJ), t. 3, pp. 143 e ss.

²³ Ac. do TrRelGui de 28 de setembro de 2006, CJ, 2006, t. 4, pp. 263 e ss.

²⁴ Ac. do TrRelCb de 1 de junho de 2010, processo n.º 827/06.0TBFIG.C1.

ao proprietário de uma oficina de reparação de automóveis o direito a ser pago com preferência pelo valor do veículo retido, porque o proprietário deste não era o devedor do preço da reparação. Estávamos perante uma situação em que existia uma reserva de propriedade a favor do alienante (art. 409.º) e a reparação tinha sido feita a pedido do comprador que não era ainda proprietário da viatura.

A circunstância de o direito de retenção encontrar o seu fundamento na conexão material existente entre a coisa retida e o crédito não legitima *de per se* a oponibilidade do direito de retenção ao proprietário que não seja devedor do contracrédito conexo. Por outras palavras, o retentor pode recusar a entrega da coisa ao devedor do contracrédito conexo, mas não ao proprietário que a reivindique. Por maioria de razão, não terá o retentor o direito a ser pago com preferência pelo valor da coisa retida.

Acontece que, em muitas das hipóteses enunciadas, o proprietário vê o seu património avantajado à custa das despesas realizadas pelo retentor. Dever-se-á, se assim for, admitir que o retentor possa deduzir uma pretensão direta contra o dono da coisa retida fundada, por exemplo, no seu enriquecimento sem causa. Sucede que, se for esse o caso, o retentor será também credor do proprietário da coisa retida e esse crédito será igualmente garantido pelo direito de retenção, sem existir, contudo, uma inflexão à regra enunciada, porque o proprietário da coisa retida será também devedor de um contracrédito.

iii) A prevalência do direito de retenção sobre imóveis relativamente às hipotecas anteriormente constituídas

Conforme já foi salientado, o direito de retenção, enquanto direito real,

é oponível a terceiros e prevalece sobre todos os direitos reais que vierem a ser constituídos ou adquiridos após a sua constituição (*regra do prior in tempore, potior in iure*). No caso de recair sobre um imóvel, esta oponibilidade é reforçada porque aí o direito de retenção prevalece também sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada (art. 759.º, n.º2).

Um dos argumentos mais frequentemente aduzidos, noutros ordenamentos, para recusar a oponibilidade a terceiros do direito de retenção reside na possibilidade de o devedor poder, facilmente, conluir-se com o retentor com o objetivo de dificultar ou mesmo impedir que outros credores sejam pagos pelo produto da liquidação do bem²⁵. No direito português, esta possibilidade de conluio é potenciada pelo facto de o direito de retenção sobre bens imóveis prevalecer sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido registada antes da constituição do direito de retenção.

Segundo VAZ SERRA²⁶, o direito de retenção devia prevalecer sobre hipotecas anteriores, quando garantisse créditos por despesas de conservação ou melhoramento, porque, se tal não sucedesse, o credor hipotecário estaria a locupletar à custa do retentor. De facto, como a hipoteca abrange as benfeitorias realizadas na coisa (art. 691.º, n.º1, al. c), é razoável que o terceiro que as fez tenha um direito de retenção sobre o imóvel e este prevaleça sobre a hipoteca anteriormente constituída, na medida em que as despesas contribuíram para o reforço da garantia do credor hipotecário.

Na versão definitiva do Código Civil, não se restringiu, contudo, a

²⁵ Cfr. ANGELO SATURNO, “Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità”, cit., I, p. 45 e *L’Autotutela Privata, I modelli della ritenzione e dell’eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 13.

²⁶ Cfr. VAZ SERRA, “Direito de Retenção”, cit., p. 231.

prevalência do direito de retenção aos casos em que o crédito resulta das despesas realizadas por causa da coisa. A possibilidade de o credor hipotecário ver o seu direito de prevalência ou preferência prejudicado ou mesmo arredado foi exponenciada pelo facto de, posteriormente, se ter atribuído um direito de retenção ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real pelo crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa imputável à outra parte até que este receba o sinal em dobro ou a indemnização pelo aumento do valor (art. 755.º, n.º1, al. f), porquanto este crédito pode ter um valor igual ou mesmo superior ao da coisa retida.

A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca tem sido questionada principalmente nesta situação.

Todavia, o que se discute normalmente são os pressupostos de atribuição do direito de retenção ao promitente adquirente e não tanto este desvio à regra prevalência do direito de retenção constante do art. 759.º, n.º2. Pode questionar-se, por exemplo, se o direito de retenção só garante a indemnização pelo aumento do valor e não o sinal em dobro como é defendido por MENEZES LEITÃO²⁷ e MENEZES CORDEIRO²⁸. Debate-se também se este direito de retenção só deve ser reconhecido quando o retentor for um consumidor e o imóvel prometido adquirir se destinar a habitação própria e permanente, como sugere PESTANA DE VASCONCELOS²⁹, na senda daquele que era o entendimento de RIBEIRO DE FARIA³⁰, ou se só tem de ser

²⁷ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol I, 12.^a edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 220.

²⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2016, pp 401 e 402.

²⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, CDP, n.º33, Janeiro/Março de 2011, pp. 3 e ss.

³⁰ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 281.

um consumidor se em causa estiver uma recusa de cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador de insolvência³¹, solução que foi adotada em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Julho de 2016, relatado pelo Conselheiro JÚLIO GOMES³². Em Acórdão de 25 de Outubro de 2012, relatado pelo Juiz Conselheiro FONSECA RAMOS³³, entendeu-se que o direito de retenção não se constituía validamente se, sendo o bem comum, um dos cônjuges não desse o consentimento a *traditio*.

Há, contudo, situações em que, exceccionalmente, se parece admitir que a hipoteca anteriormente constituída possa prevalecer sobre o direito de

³¹ Sobre o direito de retenção reconhecido ao promitente-adquirente em caso de recusa de cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador de insolvência, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, cit., pp. 376 a 384. Aí se defende que o administrador de insolvência pode recusar o cumprimento do contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, ainda que tenha existido uma entrega da coisa antes da declaração de insolvência, porque o art. 106.º, do CIRE só exclui a recusa de cumprimento quando o contrato-promessa tiver eficácia real e tiver havido entrega da coisa. Uma vez que a recusa do administrador constitui um ato lícito, o promitente-comprador não terá direito a receber o sinal em dobro, nem uma indemnização pelo aumento do valor, porque este direito pressupõe um incumprimento imputável a título de culpa ao promitente-vendedor (art. 442.º, n.º2). Já o sinal que tenha sido prestado e que deveria ser imputado na prestação devida pelo promitente-comprador, aquando da celebração do contrato prometido (art. 442.º, n.º1), deve ser restituído. Para este efeito, o art. 102.º, n.º3, al .a), do CIRE tem, pois, de ser interpretado restritivamente. Solução contrária permitiria que a massa se enriquecesse sem causa à custa do promitente-comprador quando desapareceu a causa (*condictio ob causam finitam*) que esteve na origem da atribuição do sinal ao promitente-vendedor (art. 473.º, n.º2). A restituição do sinal em singelo encontra-se garantida através de direito de retenção, conforme foi reconhecido no AUJ n.º 4/2014, de que foi relator o Juiz Conselheiro Távora Vítor. Cumulativamente com a restituição do sinal, o retentor terá direito a uma indemnização calculada nos termos do art. 102.º, n.º3, al. c), do CIRE. Esta indemnização constitui um crédito sobre a insolvência de natureza comum (art. do 102.º, n.º3, al. d), iii), do CIRE).

³² Ac. do STJ de 29 de julho de 2016, processo n.º 6193/13.0TBBRG-H.G1.S1

³³ Ac. do STJ de 25 de outubro de 2012, processo n.º 3637/07.3TBBRR.L1.S1

retenção. No caso de o crédito hipotecário ser integrado numa emissão de obrigações hipotecárias, o portador do título encontrar-se-á especialmente garantido porque as hipotecas que garantem os créditos que integram a *pool* subjacente à emissão prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários (art. 3º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de março). Tem sido entendimento comumente aceite pelos nossos tribunais superiores, de que é exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de outubro 2010, de que foi relator o Conselheiro JOÃO CAMILO³⁴, que a hipoteca prevalece não só sobre os privilégios creditórios imobiliários mas também sobre o direito de retenção, uma vez que, em termos gerais, os créditos garantidos por privilégios creditórios especiais gozam de prioridade relativamente aos créditos garantidos pelo direito de retenção (art. 751.º), pelo que não teria sentido que as hipotecas afetas à emissão de obrigações hipotecárias prevalecessem sobre os privilégios imobiliários especiais e não sobre o direito de retenção.

A nosso ver, a hipoteca só gozará de preferência sobre o direito de retenção se tiver sido constituída antes deste, porque de outra forma desrespeitar-se-ia a regra do *prior in tempore, potior in iure*. Inclina-mo-nos até para considerar que, mesmo se a hipoteca se tiver constituído antes do direito de retenção, a prevalência da primeira sobre o direito de retenção dependerá de aquele se ter constituído depois da afetação do crédito hipotecário à emissão de obrigações hipotecárias. Isto sob pena de os emitentes destas conseguirem, por esta via, evitar que direitos de retenção já plenamente constituídos e que prevaleciam sobre hipotecas anteriormente

³⁴ Cfr. Ac. do STJ de 19 de outubro de 2010, processo n.º 114-A/2001.P1.S1. Em sentido idêntico, v. Ac. do STJ de 11 de janeiro de 2005, processo n.º 04A4146 (ALVES VELHO) e Ac. do STJ de 27 de novembro de 2007, processo n.º 07A3680 (SILVA SALAZAR).

registadas o deixassem de ser, através da afetação do crédito a uma emissão de obrigações hipotecárias que só depende de um ato de vontade do credor hipotecário.

Apesar deste regime excecional, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca continua a ser a regra no direito constituído.

Numa perspetiva do direito a constituir, acompanhamos aqui também o entendimento do Conselheiro JÚLIO GOMES quando, em artigo publicado em 2005³⁵, considerava ser preferível que, nas hipóteses em que o direito de retenção se funda numa conexão meramente jurídica, este só gozasse de uma eficácia meramente obrigacional, ou seja, que não atribuísse de todo um direito real de garantia ao seu titular.

É verdade que a não oponibilidade a terceiros do direito de retenção implicará que ao retentor possam ser impostas mais obrigações do que direitos, uma vez que este terá um dever de guarda e custódia da coisa (art. 671.º, al. a) aplicável por força da remissão constante dos arts. 758.º e 759.º, n.º3) e perderá o direito a ser pago pelo valor dela. Como tal, em sede de processo de insolvência, o crédito do retentor não gozará de preferência e estará sujeito ao princípio da *par condicio creditorum*. Por outro lado, na hipótese de o direito de retenção deixar de ser um direito real de garantia, a exceção de retenção apenas constituirá um limite ao exercício do direito de crédito conexo e não implicará uma oneração do direito de propriedade *quale*. Por esse motivo, a proteção do retentor poderá ser posta em causa sempre que o proprietário da coisa a alienar a um terceiro a quem o primeiro

³⁵ Cfr. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, Cadernos de Direito Privado, n.º11, julho/setembro 2005, p. 16.

ficará impedido de recusar a entrega da coisa, se este último a vier a reivindicar.

Apesar de existirem desvantagens patentes na não atribuição ao retentor de um direito real de garantia, deve ter-se em especial consideração que estas também se verificam relativamente ao *excipiens*, conforme resulta expressamente do disposto no art. 431.º, quando, no sinalagma, há uma ligação mais estreita entre os créditos do que aquela que existe entre créditos conexos. Consequentemente, a única forma de assegurar uma certa coerência de efeitos jurídicos entre as diversas formas de recusa de cumprimento de uma obrigação para tutela de um direito de crédito é a de, *de iure condendo*, o direito de retenção só constituir um direito real de garantia quando existir uma conexão material entre os créditos, como sucede nas hipóteses de direito de retenção previstas no art. 754.º.

Quando a conexão se fundar na circunstância de os créditos provirem da mesma relação jurídica, o direito de retenção deveria constituir somente uma exceção dilatória de direito material que concederia ao devedor a faculdade de recusar o cumprimento, mas não um direito a ser pago com preferência pelo valor da coisa retida.

iv) A recusa de cumprimento de uma obrigação para tutela de um direito de crédito para lá da exceção de não cumprimento e do direito de retenção. A impossibilidade de aplicação por analogia do direito de retenção a outras situações de conexão jurídica em virtude da oponibilidade a terceiros deste direito. A solução proposta para o problema.

Finalmente, importa assinalar que há muitas situações em que os créditos

têm origem na mesma relação jurídica ou na mesma relação da vida, mas em que, existindo o incumprimento de uma obrigação, não é possível ao devedor recorrer ao direito de retenção nem à exceção de não cumprimento para se recusar a cumprir até que o contracrédito seja satisfeito.

a) É o que acontece, por exemplo, com as obrigações emergentes de contratos bilaterais, mas que não se encontram unidas pelo vínculo do sinalagma, ou de contratos unilaterais ou bilaterais imperfeitos, de negócios unilaterais ou de quase-contratos³⁶. Basta pensar nas situações simétricas às previstas no art. 755.º e facilmente se consegue demonstrar o que se acaba de afirmar.

Se o depositário tem direito de reter a coisa depositada até ser pago pelo depositante a quantia devida pelo depósito (art. 755.º, n.º1, al. e), a este devia ser correspondentemente reconhecido o direito de recusar esse mesmo pagamento até que a coisa depositada lhe fosse entregue. Apesar de as obrigações emergirem de um contrato bilateral perfeito, o depositante não pode invocar, nem o direito de retenção por este não se encontrar previsto na lei, nem a exceção de não cumprimento por não existir uma relação de corresponsabilidade ou interdependência entre estas obrigações, mas somente entre a obrigação de guarda e a obrigação de pagamento do preço. Foi, aliás, por esse motivo que o direito de retenção foi atribuído ao depositário. O mesmo acontece com o comodante a quem não é reconhecido um direito de retenção das quantias que tenha de pagar ao comodatário findo o contrato (art. 1138.º) e não pode recorrer à exceção de não cumprimento porque o seu crédito deriva de um contrato bilateral imperfeito.

³⁶ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, cit., pp. 116 a 159.

Se alguém tiver prometido uma recompensa a quem encontrasse o seu animal de estimação (art. 459.º), mas pretender que este lhe seja entregue sem pagar em simultâneo a sua dívida, o credor da recompensa não poderá recusar a entrega do animal nem recorrendo à exceção de não cumprimento, porque o crédito encontra a sua fonte num negócio jurídico unilateral, nem ao direito de retenção porque tal não se encontra previsto na lei.

b) As obrigações emergentes de diferentes contratos internamente coligados podem estar unidas pelo vínculo do sinalagma e, nesse caso, é de admitir o recurso à exceção de não cumprimento. É necessário, contudo, perante cada caso concreto aferir se as obrigações provenientes de contratos diferentes constituem a causa uma da outra, o que nem sempre sucederá³⁷. Se, por exemplo, tiver sido celebrado um contrato de compra e venda de equipamento coligado com um contrato de assistência em que o preço devido à luz do primeiro contrato não visa remunerar a obrigação emergente do segundo, não poderá o vendedor recusar o cumprimento da sua obrigação de assistência até que o preço do equipamento seja pago com fundamento nem na exceção de não cumprimento, nem no direito de retenção porque essa possibilidade não se encontra expressamente contemplada na lei. Parece-nos, contudo, que o vendedor terá a legítima expectativa de poder recusar o cumprimento da sua obrigação de assistência técnica até que o preço do equipamento seja pago.

c) O mesmo sucederá nas situações em que os créditos emergem somente da mesma relação da vida. Se, por exemplo, dois sujeitos trocarem

³⁷ ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, cit., pp. 176 a 182.

os casacos que se encontravam no mesmo bengaleiro, é natural que qualquer um deles só se sinta obrigado a restituir o casaco com que inadvertidamente ficou se receber aquele que é seu.

São duas as soluções geralmente aventadas para fundamentar a licitude da recusa de cumprimento da obrigação nas situações descritas: ou estender a exceção de não cumprimento a prestações que não estão unidas pelo vínculo do sinalagma, ficcionando a existência de uma ligação de corresponsabilidade onde ela não existe, posição por vezes perfilhada pelos nossos tribunais, ou aplicar por analogia o direito de retenção a situações não previstas na nossa lei, solução por aqueles normalmente rejeitada.

No que respeita à exceção de não cumprimento, se o seu fundamento se encontra no sinalagma não se poderá considerar que na sua *ratio* estão também compreendidas as situações em que não existe essa ligação entre prestações. Tentar aplicar por analogia a exceção de não cumprimento a hipóteses em que não existe uma relação de corresponsabilidade ou interdependência entre os créditos é ampliar o âmbito de aplicação da exceção de não cumprimento para um “território” que não é claramente o seu.

Relativamente ao direito de retenção, não nos afastamos daquele que é o entendimento dominante na doutrina e jurisprudência em Portugal, segundo o qual, constituindo o direito de retenção um direito real de garantia de origem legal, a impossibilidade de aplicar, por analogia, o direito de retenção a outras situações de conexão jurídica resulta da existência de uma tipicidade-taxativa dos factos constitutivos deste mesmo direito. Neste caso, os factos constitutivos são só e apenas aqueles que se encontram previstos

na lei e essa taxatividade encontra o seu fundamento na necessidade de proteção de terceiros que, de outra forma, veriam um direito real ser arredado ou prejudicado pela existência de um direito real de garantia com o qual não podiam logicamente contar (art. 1306.º).

Por outro lado, sendo o direito de retenção uma garantia real não pode aplicar-se analogicamente a outras situações de conexão jurídica também por este consubstanciar uma limitação ao princípio da *par condicio creditorum* (art. 604.º, n.º2). Neste caso, a proibição de analogia fundar-se-á na necessidade de proteção de outros terceiros, os credores comuns do mesmo devedor. Exemplo ilustrativo desta corrente jurisprudencial pode ser encontrado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de outubro de 2013, relatado pelo Desembargador JOSÉ EUSÉBIO ALMEIDA³⁸, em que se concluiu pela impossibilidade de recorrer à analogia *legis* e se fundamentou essa impossibilidade precisamente no princípio da taxatividade dos direitos reais consagrado no art. 1306.º, n.º1.

Numa decisão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de outubro de 2015, relatado pelo Desembargador ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA³⁹, encontramos um bom exemplo do que procuramos explicitar. Discutia-se se, tendo sido celebrados vários contratos de confecção de peças de vestuário, que o tribunal qualificou como contratos de empreitada, a empreiteira poderia recusar licitamente a entrega de uma encomenda até que a dona da obra pagasse, não só o valor devido por essa encomenda, como também os valores acordados para outras encomendas que já tinham sido anteriormente entregues, mas cujo preço ainda não tinha sido satisfeito. O tribunal concluiu

³⁸ Ac. do TrRelPt de 7 de outubro de 2013, processo n.º 1900/11.8TBPVZ-F.P1

³⁹ Ac. do TrRelPt de 28 de outubro de 2015, processo n.º 142046/08.3YIPRT.P3

– e bem – que a empreiteira gozaria de direito de retenção pela falta de pagamento das quantias devidas pela confeção, conforme previsto no art. 754.º. Porém, em relação à obrigação de pagamento do preço de anteriores encomendas, o mesmo tribunal decidiu, quanto a nós também corretamente, quando entendeu não ser possível ao devedor lançar mão quer da exceção de não cumprimento, por não existir « sinalagma entre a obrigação de pagamento do preço de outros bens antes executados e entregues e a obrigação de entrega de novos bens objeto de uma ulterior encomenda », quer do direito de retenção, por as despesas não terem sido feitas na coisa cuja entrega estava a ser recusada. Reconheceu também que tal não implicava que a recusa de entrega das peças fosse ilícita. Só não acompanhamos a decisão quando pretende fundamentar esta última solução numa extensão analógica do regime da exceção de não cumprimento por não ser possível a analogia quando não existe uma relação de sinagmaticidade entre as prestações.

Na nossa perspetiva⁴⁰, a impossibilidade de recorrer à *analogia legis* não impede que nestas situações seja reconhecido ao devedor um direito a recusar a realização da prestação, pois a exceção de não cumprimento, o direito de retenção e a compensação, que não tivemos aqui a oportunidade de tratar, não são mais do que concretizações de uma ideia ou princípio mais amplo de que ao incumpridor não é devido o cumprimento (“*inadimplenti non est adimplendum*”). Princípio esse que encontra o seu fundamento último na boa fé e na ideia de justiça.

⁴⁰ Sobre os fundamentos e densificação do princípio de ordem mais geral segundo o qual é lícita a recusa de cumprimento de uma obrigação para tutela de um direito de crédito recíproco e conexo, v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, cit., pp. 501 a 557.

Percebe-se, por isso, que haja outras situações em que ao devedor deva ser reconhecido este direito de recusa da realização de uma prestação até que um contracrédito lhe seja oferecido, ainda que esta exceção não seja naturalmente oponível a terceiros.

O princípio de que ao incumpridor não é devido o cumprimento impõe ao intérprete-aplicador uma densificação do mesmo que permita dele retirar soluções para casos concretos. Mais especificamente que permita concluir se e quando o devedor pode recusar o cumprimento de uma obrigação apesar de tal direito não estar contemplado na lei. Quanto a nós, nesse processo de densificação do princípio é possível concluir pela indispensabilidade da existência de uma conexão entre créditos. Essa conexão entre créditos existirá, certamente, quando estes têm origem na mesma relação jurídica. Contudo, restringir o conceito de conexão às hipóteses em que os créditos provêm da mesma relação jurídica é adotar um critério formalista e restritivo, quando o que se pretende é tutelar as hipóteses em que existe uma especial relação entre créditos.

Admite-se, por isso, que entre os créditos exista somente uma conexão económica, mas também é defensável que se conclua pela existência de uma origem comum nas situações em que os créditos derivam somente da mesma relação da vida.

Duas conclusões resultam do que se deixou expresso:

A primeira é que, de acordo com o direito constituído, é possível defender que, quando existir uma relação de conexão entre os créditos, o devedor pode recusar o cumprimento da obrigação até que o contracrédito conexo seja satisfeito, mesmo que essa hipótese não esteja contemplada na lei. Esse direito só terá naturalmente efeitos entre as partes.

A segunda é de que, no plano do direito a constituir, o direito de retenção quando se funda numa conexão jurídica entre os créditos poderia deixar de atribuir ao seu titular um direito de preferência e de ser oponível a terceiros, tal como acontece com a exceção de não cumprimento, pois só assim se assegurará uma certa coerência de efeitos jurídicos entre as diversas formas de recusa de cumprimento de uma obrigação para tutela de um direito de crédito.