

Dedicatória

Aos meus pais.

Agradecimentos

Não posso deixar de, em primeira instância, agradecer ao corpo docente da Licenciatura e Mestrado em Solicitação da Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Felgueiras.

Agradeço ainda aos meus amigos a compreensão e um enorme perdão pelas ausências.

À Professora Doutora Mónica Martinez de Campos, orientadora deste trabalho, obrigada pela orientação e por não me ter deixado desistir.

A todos os colegas da Licenciatura e do Mestrado.

E por fim, mas com especial destaque, obrigada aos meus pais, que tornaram todo este projeto possível.

Resumo e palavras-chave

Resumo:

O presente estudo versa sobre o direito de retenção no contrato de empreitada. Sendo este um tema gerador de bastante controvérsia, numa primeira fase iremos enquadrá-lo, fazendo uma breve introdução sobre o direito de retenção, seus pressupostos, e o contrato de empreitada.

Numa segunda fase iremos expor as duas correntes de pensamento adotadas pela doutrina e pela jurisprudência. Manifestando-se uma corrente majoritária a favor da atribuição do direito de retenção ao empreiteiro e a corrente oposta contra esta atribuição.

Palavras-chave:

Direito de Retenção; Empreitada; Crédito

Abstract keywords

Abstract:

The presente study deals with the right of retention in contracted work. This being a controversial issue, in a first phase we will frame it, making a brief introduction about the right of retention, its presuppositions and the contract itself.

In a second phase we will expose the two currents of thought adopted by doctrine and jurisprudence. The mainstream opinion is in favour of granting the right of retention to the contractor however there still are those who oppose this notion.

Keywords:

Right of Retention; Contract; Credit.

Siglas e Abreviaturas

Al.	Alínea
Art.º	Artigo
CC	Código Civil
CFR	Confrontar
Col.	Coluna
Consult.	Consultado
CPC	Código de Processo Civil
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
Jur.	Jurídica
Nº	Número
p/pp	Página/Páginas
RSTA	Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo
SS	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal da Relação de Évora
Vol.	Volume

Índice

Dedicatória.....	3
Aos meus pais.....	3
Agradecimentos	4
Resumo e palavras-chave	5
Abstract keywords	6
Siglas e Abreviaturas	7
Índice	8
Introdução.....	9
1 - Direito de Retenção - Noção	10
2 - Pressupostos do Direito de Retenção	11
3 - Contrato de empreitada - Noção	15
3.1 - Transferência da Propriedade no Contrato de Empreitada.....	18
3.2 – O Direito de Retenção do Empreiteiro - Posições doutrinárias.....	18
3.2.1 - Atribuição do Direito de Retenção.....	19
3.2.2 - Negação do Direito de Retenção	30
3.3 – O Direito de Retenção do Empreiteiro - Posição da Jurisprudência	32
3.3.1 – Atribuição do Direito de Retenção	32
3.3.2 – Negação do Direito de Retenção	49
Conclusão	53
Bibliografia.....	56

Introdução

Entende-se direito de retenção como a faculdade conferida ao empreiteiro de reter a obra até integral pagamento pelo dono da obra. Contudo, a aplicação deste direito ao contrato de empreitada não é unânime, havendo variadíssima doutrina e jurisprudência que pende em ambos os sentidos.

Com o presente estudo pretendemos analisar as várias posições tomadas quanto à aplicação do direito de retenção no contrato de empreitada. Por vezes, mesmo seguindo correntes de pensamento semelhantes os autores e/ou os acórdãos não o fazem nos mesmos moldes ou com o mesmo alcance. Assim, temos como objetivo, ao analisar as várias posições, consolidar e melhor fundamentar o nosso ponto de vista quanto a esta questão com posições tão dispares.

Para isso, iniciaremos a nossa exposição com uma breve referência à caracterização do direito de retenção e do contrato de empreitada, não deixando de parte questões fulcrais como são os pressupostos do direito de retenção e o momento da transferência da propriedade no contrato de empreitada.

Numa segunda parte serão analisadas as posições de autores e da jurisprudência, sendo este um tema tão polémico há vários autores e jurisprudência a posicionarem-se a favor da atribuição do direito de retenção ao empreiteiro. No entanto, o contrario já não se verifica, sendo parca a doutrina e jurisprudência que atribua ao empreiteiro possibilidade de recorrer a esta prerrogativa.

Este estudo tem como principal objetivo identificar qual a aplicação do direito de retenção ao empreiteiro, como meio de garantia para satisfação do seu crédito, tendo em atenção o papel importante que desempenha no desenvolvimento económico.

1 - Direito de Retenção - Noção

O direito de retenção constitui um direito real de garantia, apresentando previsão legal. Somente com o código de 1966 é que este regime foi afirmado, no Código de Seabra apenas lhe eram feitas breves referências em disposições dispersas¹. No anteprojeto de Vaz Serra estava previsto explicitamente o direito de retenção a favor do empreiteiro. No entanto, esta previsão não foi avante, acabando por não passar na 2ª revisão ministerial. Podem desta situação ser extraídas duas conclusões ambíguas. Para uma corrente o direito do empreiteiro resulta da cláusula geral, pelo que, não seria necessário incluir explicitamente esta previsão. Noutra corrente temos quem entenda que nem o direito resulta da cláusula geral, nem faria sentido atribuí-lo explicitamente, neste caso, a não alusão a esta prerrogativa estende-se no sentido de negar ao empreiteiro o recurso à mesma.

“O direito de retenção foi concebido como um simples meio de coação. O credor que, por determinadas circunstâncias, tivesse em seu poder uma coisa pertencente ao seu devedor, poderia recusar a entrega dela enquanto este não lhe pagasse o que devia. A retenção da coisa funcionava, assim, como uma espécie de agulhão cravado na vontade do vendedor para que ele cumprisse a obrigação a que se encontra adstrito.”²

Atualmente, consagrado no artigo 754.º CC, entende-se que *“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”*. Posto isto, extrai-se desta prerrogativa legalmente prevista que esta é uma faculdade conferida ao credor de não entregar a coisa enquanto não vir satisfeito o seu crédito, não obstante o crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados.

A doutrina aponta duas funções para o direito de retenção: a função de garantia e a função compulsória. Enquanto direito real de garantia, permite que, não havendo

¹ Alguns exemplos de casos de direito de retenção previstos no Código de Seabra são os dos artigos 498º *“tanto o possuidor de boa-fé, como o de má-fé, têm direito a serem indemnizados das despesas que houverem feito para a conservação da coisa; mas só o possuidor de boa-fé goza do direito de retenção, enquanto não for pago”*, 1349º o direito que o mandatário tinha de reter o objeto do mandato enquanto não fosse pago do que lhe era devido em função do mandato, 1407º o direito do empreiteiro de obra mobiliária reter a obra até pagamento do preço, 1414º direito de o recoveiro e do barqueiro reterem os objetos transportados até pagamento das despesas pelo transporte dos mesmos, 1450º o direito de o depositário reter a coisa depositada até pagamento das despesas que haja tido com a conservação da coisa ou por causa dela, 1614º direito de o arrendatário reter o local arrendado aquando da realização de benfeitorias autorizadas, por lei ou pelo senhorio, até reaver a importância gasta.

² VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em Geral*. 10ª ed. Almedina, 2000, p.577.

cumprimento por parte do dono da obra, o retentor consiga obter o seu pagamento através do valor da coisa retida.

Por seu turno, aquando da sua função compulsória, “*ao titular do direito de retenção é permitido recusar licitamente o cumprimento da obrigação de entrega da coisa, a que está adstrito, de forma a pressionar o devedor ao cumprimento*”³

O direito de retenção tem como objeto uma coisa corpórea “*e tem uma publicidade bastante reduzida, uma vez que se limita à retenção da coisa pelo credor (que é ao mesmo tempo devedor da entrega da coisa), não estando sujeito a registo.*”⁴

Encontram-se elencadas no artigo 755º, nº1 CC as entidades que gozam do direito de retenção, sendo estas: “*a) O transportador (...); b) O albergueiro (...); c) O mandatário (...); d) O gestor de negócios (...); e) O depositário e o comodatário (...); f) O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido (...)*”. Estes são os casos especiais que gozam desta prerrogativa, não tendo que respeitar quaisquer outros pressupostos. Contudo, para as situações que não se enquadrem dentro dos casos especiais teremos que aplicar a cláusula geral, contando que sejam respeitados determinados pressupostos⁵.

2 - Pressupostos do Direito de Retenção

1) Obrigação do devedor de entregar uma coisa suscetível de penhora

Este pressuposto resulta, desde logo, da própria natureza do direito de retenção. Como se pode extrair da letra de lei, somente pode recorrer ao direito de retenção aquele que esteja obrigado a entregar a coisa, pelo que se pressupõe que essa mesma coisa se encontre em poder do retentor.

A coisa deve ser certa, não sendo possível reter-se coisa incerta, desde logo, porque o direito de retenção pressupõe a entrega de um bem do devedor ao credor e com a entrega a coisa não podia ser incerta, terá de ser determinada.

³ RIVITTI, Maria Rita – *A Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014. Mestrado em Direito Forense, p. 4.

⁴ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – *Direito das Garantias*. 2ª ed. Almedina, 2013, p.359.

⁵ Como se pode extrair do Acórdão do STJ de 29-01-2014, proferido no Proc.º n.º1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016] “...são pressupostos do direito de retenção: A posse e obrigação de entrega de uma coisa; A inexistência, a favor do devedor, dum crédito exigível sobre o credor; A inexistência de conexão causal entre este crédito e a coisa consistente em aquele ser preenchido com despesas feitas por causa dela ou com danos por ela causados”.

O direito de retenção cessa caso o retentor entregue, devolva, voluntariamente a coisa (Art.º 761.ºCC). Importa frisar que apenas a entrega voluntária faz cessar o direito de retenção, pois caso a coisa tenha saído da esfera do detentor contra a sua vontade este pode socorrer-se de ações possessórias, consoante previsto nos artigos 670.º al. a), 758.º e 759.º, nº3 CC. Esta ação pode ser contra o dono da coisa, sendo que, neste caso o direito de retenção recomeça assim que o retentor tenha novamente a coisa em seu poder.

A coisa terá que ser um bem alheio, no sentido de não pertencer ao retentor.

Por fim, à luz do preceituado na al. c) do artigo 756.ºCC, a coisa tem obrigatoriamente que ser suscetível de penhora. Posto isto, caso alguém esteja obrigado a entregar algum bem previsto nos artigos 736.º (bens absolutamente ou parcialmente impenhoráveis) e 737.º CPC (bens relativamente impenhoráveis) não poderá exercer direito de retenção sobre os mesmos.

- 2) Que o credor seja simultaneamente titular de um crédito sobre a pessoa a quem esteja obrigado a entregar essa coisa, o crédito deve ser exigível, ainda que com base na perda do benefício do prazo, mas não necessariamente líquido

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.

Regra geral, o direito de retenção só pode ser exercido após o vencimento do crédito, podendo este ser desencadeado pelo credor nos casos de obrigações puras ou, caso a obrigação tenha prazo certo, nos casos convencionados pelas partes (Art.º 805.º, nº1 e 2 al. a) CC). Não obstante de ocorrer, neste último caso, perda do benefício do prazo em caso de insolvência ou diminuição das garantias prestadas (Art.º 780.º CC) ou a não realização de uma prestação, em compras a prestações, (Art.º 801.º CC) importa o vencimento de todas, fazendo com que o crédito se torne imediatamente exigível, podendo o credor lançar mão do recurso ao uso do direito de retenção (Art.º 757.º, nº1 CC).

À luz do nº2 do artigo 757.º CC a liquidez do crédito garantido não prejudica o direito de retenção, uma vez que a sua eficácia não depende da determinação do montante do crédito.

- 3) Que exista uma conexão causal entre a coisa e o crédito a ser recebido

Este pressuposto legalmente exigido pode derivar de vários fatores, podendo resultar de despesas feitas com a coisa ou de danos por ela causados, tomemos como exemplo:

- *“Quem efetuar a reparação de um veículo e a oficina, não recebe o valor contratado pelo serviço prestado, poderá reter o referido veículo;*
- *Quando resultar um acidente entre veículos, em que o acidentado poderá reter o veículo daquele que deu causa ao acidente para garantir o pagamento dos prejuízos causados;*
- *Quem efetuar benfeitorias numa coisa, conforme artigo 1273.º, do Código Civil (Benfeitorias Necessária e Úteis), tem direito de a reter até ser reembolsado das mesmas;*
- *Quem sofrer danos resultantes de ação de animal pertencente a outrem pode retê-lo até ser indenizado pelos danos causados;*
- *Essa conexão causal pode ainda ser estabelecida pelo fato da detenção da coisa resultar de uma relação legal ou contratual, à qual a lei atribua como garantia esse direito, como percebemos no artigo 755.º, do Código Civil, que são os chamados casos especiais, onde não há, necessariamente, uma relação direta do crédito e da coisa, conferindo esse direito ao transportador, albergueiro, mandatário, gestor de negócios, depositário, comodatário e beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve na tradição da coisa;”⁶*

Neste sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, dizendo este que *“desde que o credor tenha um crédito relacionado, nos termos legalmente previstos, com a coisa retida, reconhece-se-lhe o direito de garantia, válido erga omnes e atendível no concurso de credores. Com efeito, o retentor não pode opor-se à execução, singular ou universal, movida por outros credores, mas é-lhe assegurada a posição preferencial que legitima a recusa em abrir mão da coisa até ao pagamento do seu crédito, faculdade que não desaparece pela acidental circunstância de o devedor se tornar insolvente e/ou haver um processo de falência (cfr. CALVÃO DA SILVA, "Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória", 339 e ss.; VAZ SERRA, "Direito de Retenção", in BMJ 65º- 103 e ss.)”*.⁷

⁶ ROBALO, Ana Maria dos Santos Batista – *O Direito de Retenção*, pp. 9 e 10.

⁷ Acórdão do STJ, de 4 de outubro de 2005, Processo 05A2158, relator Alves Velho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d212562e19ccfabd802570b3003775d2?OpenDocument> [Consult. Nov. 2016]

Posto isto, é necessário que se verifique uma conexão entre o crédito e a coisa, motivo pelo qual a coisa poderá tornar-se a garantia do crédito.

- 4) Que a aquisição da coisa que se deva entregar não seja feita por meios ilícitos, e as despesas das quais o crédito derive não sejam realizadas de má-fé;

Da redação do artigo 756.º al. a) e b) CC pode extrair-se que o direito de retenção não poderá ser exercido aquando da detenção da coisa adquirida ilicitamente, desde que o detentor tenha conhecimento dessa situação, ou caso as despesas de que o crédito resultar tenham sido realizadas de má-fé.

Este pressuposto decorre diretamente do próprio direito de retenção dado que não se pode beneficiar quem aja ilicitamente ou de má-fé em detrimento de quem aja licitamente ou de boa-fé. Como nos diz Menezes Leitão⁸, entende-se a má-fé no sentido subjetivo, isto é, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor em face da realização das despesas.

- 5) Não prestação de caução suficiente pela outra parte

Sendo o direito de retenção uma garantia provisória esta cessará quando a outra parte prestar caução suficiente (Art.º 756.º al. a) CC). A caução, de acordo com o nº1 do artigo 623.º CC, pode ser prestada por meio de depósito em dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária.

Consagrando o direito de retenção nestes moldes o legislador colocou fim à controvérsia em torno do caráter geral ou excecional do direito de retenção, optando inequivocamente pelo caráter excecional. Assim, apenas existe direito de retenção quando se verificarem todos os pressupostos previstos no artigo 754º CC.⁹ “*Não se verificando tais requisitos não há jus retentionis.*”¹⁰

O direito de retenção é uma prerrogativa que tem por base a equidade. Contudo, é possível separar os motivos que conduziram o legislador a prever o direito de retenção. Assim, temos os casos de despesas realizadas com a coisa e os casos de danos causados pela coisa. Atribui-se direito de retenção no caso de despesas realizadas com a coisa com o intuito de prevenir que quem aumente o valor de algo com as suas ações, venha a

⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “*Garantia das Obrigações*”. 4ª ed. Almedina, 2012.

⁹ Diferentemente, no sistema brasileiro, não há nenhuma referência específica no Código Civil Brasileiro que institua o direito de retenção, esta figura encontra-se prevista em disposições dispersas pelo código.

¹⁰ FRANÇA, Miguel Ângelo – *Direito de Retenção. (Algumas das) suas Implicações na Ação Executiva*. Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto: Universidade Portucalense. Nº11 (Out 2003), p. 105.

concorrer em paridade com os restantes credores, pelos valores que desembolsou. Tal ocorrência conduziria a um enriquecimento sem causa dos demais credores. Deste modo, permite o direito de retenção que o retentor ressalve o seu direito, recebendo o reembolso das despesas por ele realizadas com preferência sobre os restantes credores.

Relativamente à atribuição de direito de retenção ao credor que sofreu danos causados pela coisa, o que valida esta situação é a justiça de quem sofreu um dano ser ressarcido, podendo assim reter a coisa para garantia desse crédito e “*também um sentimento de reação contra o facto que produziu o dano*”.¹¹

3 - Contrato de empreitada - Noção

O Contrato de empreitada é um contrato mediante o qual uma das partes se obriga perante a outra à realização de uma obra específica, por si ou por intermédio de terceiro, sendo que em contrapartida a outra parte fica obrigada ao pagamento de um preço (Art.º 1207.º CC). Retiram-se desta definição três elementos constantes da empreitada, os sujeitos, a realização da obra e o pagamento do preço. “*No que concerne aos sujeitos no contrato de empreitada, temos o dono da obra ou comitente, e o empreiteiro, sendo que, ambos os sujeitos poderão ser indiferentemente pessoas singulares, ou coletivas.*”¹²

Sendo a empreitada um contrato bilateral e sinalagmático dele emergem direitos para ambas as partes e obrigações recíprocas, na medida em que ao direito de um contraente corresponde a obrigação do outro. Nesta linha importa escarpelizar alguns direitos e obrigações do dono da obra e do empreiteiro, nomeadamente, quanto ao dono da obra, este tem o direito à aquisição e receção da obra, ou seja, obtenção de resultado e fiscalizar a obra, no âmbito dos seus deveres encontra-se a obrigação de pagamento do preço. Relativamente ao empreiteiro cabe-lhe o direito de receber o preço da obra, no seu leque de deveres encontra-se a realização da obra, fornecimento de materiais e a guarda e conservação da coisa.

Identificando cada um destes direitos e obrigações verificamos que em primeiro lugar tem o dono da obra o direito à sua aquisição e receção, isto porque, como previsto pelo nº1 do artigo 406.º e 762.º CC, o dono da obra, aquando da celebração com o empreiteiro do contrato de empreitada, tem em vista que a obra lhe seja entregue nos

¹¹ FRANÇA, Miguel Ângelo – *Direito de Retenção. (Algumas das) suas Implicações na Ação Executiva*. Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto: Universidade Portucalense. Nº11 (Out 2003), p. 112.

¹² ROCHA, António Soares da (2012) – Contrato de Empreitada. [Consult. 20 set. 2015]. Disponível em <http://antoniosoaresha.com/direito/contrato-de-empreitada>.

prazos e moldes convencionados. Tem ainda o direito à fiscalização da obra, esta encontra-se prevista no artigo 1209ºCC. *“Este direito tem como corolário o próprio conceito de contrato de empreitada, porque se ao dono da obra fosse vedada esta faculdade de fiscalização, ele não exerceria qualquer tipo de controlo sobre a execução que contratou e falar-se-ia antes num contrato de venda de bens futuros.”*¹³ Posto isto, esta prerrogativa tem como principal objetivo impedir que o empreiteiro oculte vícios de difícil verificação no momento da entrega da obra. Assim, pode o dono da obra fiscalizar, ou delegar essa fiscalização a terceiro, à sua custa, desde que exerça esse direito de boa-fé e na medida em que não perturbe o andamento da obra. Este direito não poderá ser afastado por vontade das partes, dado que é resultado de uma norma imperativa. Caso durante esta verificação o dono da obra se aperceba da existência de algum vício deve, imediatamente, comunicá-lo ao empreiteiro, de modo a que este possa repará-lo antes de terminada a obra. Dando-se a situação de o dono da obra não fazer esta comunicação durante o decurso das obras e aguardar pelo fim das mesmas, pode o empreiteiro pedir uma indemnização pela diferença que acarreta para si o preço que a eliminação teria antes de terminada a obra e finda a mesma. No entanto, o empreiteiro tem que fazer prova que o dono da obra tinha conhecimento dos vícios há mais tempo e que tendo sido essa informação fornecida há mais tempo ele teria suportado menos custos. Para garantir o cumprimento desta indemnização o empreiteiro poderá, eventualmente, como veremos, exercer um direito de retenção.

Cabe ao dono da obra o dever de pagar o preço, este pagamento deve ser efetuado na data e local acordados. Não obstante nada ter sido convencionado, relativamente à data, aplica-se o artigo 1211º, nº2 CC esclarecendo-nos este preceito que deve nesta situação o preço ser pago no ato de aceitação da obra. Quanto ao lugar, aplica-se o artigo 885º, nº1 CC, à luz do qual o preço deve ser pago no lugar da entrega da coisa. Tratando-se de coisa móvel, e existindo local convencionado para a entrega da mesma, o pagamento é efetuado nesse local. Nada havendo sido convencionado aplica-se o artigo 773º, nº1 CC, segundo o qual o pagamento deve ser efetuado no local onde a obra se encontrava à data da conclusão do negócio. Aquando do término da obra deve o dono da mesma verificar se a sua execução respeitou o convencionado e se não enferma de qualquer vício. Fazendo-o num prazo razoável e comunicando ao empreiteiro o resultado da sua

¹³ DIAS, Fátima – *O Contrato de Empreitada. O Regime das Alterações ao Plano Convencionado*. Lisboa: Faculdade de Direito de Universidade Nova de Lisboa, 2009. Mestrado em Direito, p. 5.

verificação. Como se pode extrair da redação do nº5 do artigo 1218.º CC, a não realização desta verificação implica a aceitação tácita da obra. Com a aceitação dá-se a transferência da propriedade da obra, caso na empreitada os materiais hajam sido fornecidos pelo empreiteiro (Art.º 1212.º, nº1 CC), bem como cessa a responsabilidade do empreiteiro por vícios aparentes ou conhecidos do dono da obra. A partir deste momento inicia-se o prazo de garantia legal ou acordado alusivo a outros defeitos.

Tem o empreiteiro o direito a receber o preço, esta é a prestação principal do dono da obra. Assim sendo, o empreiteiro é credor do preço, podendo ainda ser credor de uma indemnização por falta de colaboração do dono da obra ou caso este recuse a obra sem legitimidade para o fazer.

Por fim, descortinando o leque de deveres do empreiteiro, tem este o dever de realizar a obra, à luz do plasmado no artigo 1207.º CC. O primordial objeto do contrato de empreitada é a realização da obra, tendo esta que ser executada como ajustado entre os sujeitos da relação contratual e sem vícios (Art.º 1208.º CC). Deve então o contrato ser cumprido, pontualmente (Art.º 406.º CC), honrando o princípio da boa-fé (Art.º 762.º CC) e dentro do prazo determinado, caso o empreiteiro exceda esse prazo poderá entrar em mora, independentemente de interpelação (Art.º 805.º, nº2 CC). O incumprimento destas prerrogativas poderá acarretar variadas penalizações para o empreiteiro, nomeadamente, fica este obrigado à eliminação dos defeitos (Art.º 1221.º, nº1 CC), redução do preço (Art.º 1222.º, nº CC), resolução do contrato (Art.º 1222.º, nº CC), ou indemnização por danos (Art.º 1223 CC).

Compete ainda ao empreiteiro, exceto havendo convenção ou uso em contrário, o fornecimento de materiais e utensílios imprescindíveis à concretização da obra (Art.º1210.º, nº1 CC) e a guarda e conservação da coisa. No entanto, não pode dela usar nem fruir, tendo a guarda e conservação como único objetivo a empreitada. O empreiteiro adota a posição de depositário¹⁴ (Art.º 1185.º CC), portanto, caso a coisa se danifique responderá perante o dono da obra como tal. *“O STJ tem se pronunciado no sentido de que, perante um contrato de empreitada, o empreiteiro tem o dever contratual de zelar pelos interesses da contraparte (art.762º/2 CC) de forma a proteger o objeto do contrato*

¹⁴ A empreitada e o depósito são dois contratos que não se podem confundir, o depósito é um contrato *real quoad constitutionem*, ou seja, exige a entrega da coisa para ser perfeito (Art.º 1185.º CC). No depósito a obrigação principal é a de guardar a coisa (Art.º 1187.º al. a) CC), enquanto na empreitada, a existir, essa será uma obrigação acessória. No depósito não existe a obrigação principal de realizar uma obra, a possibilidade de realização de obras apenas se verifica quando seja necessário para respeitar o fim do contrato, por exemplo, obras de conservação.

*contra eventuais danos futuros. Este dever é uma obrigação acessória que torna responsável o empreiteiro pelos prejuízos causados, segundo o art.798º CC*¹⁵. Havendo convenção na qual fique estabelecido que os materiais serão fornecidos pelo dono da obra, esta obrigação estende-se aos mesmos, quando estes tenham sido entregues ao empreiteiro. Resta a obrigação do empreiteiro entregar a coisa, finda a obra. Esta entrega pode ser material ou simbólica, caso se dê a entrega efetiva da coisa estamos perante uma entrega material, quando se dá a entrega de algo que indique que o dono da obra já pode dispor da mesma estamos perante uma entrega simbólica, como acontece, por exemplo, quando se entrega as chaves, indicando que o dono da obra já pode dispor da casa construída.

3.1 - Transferência da Propriedade no Contrato de Empreitada

Para se poder falar em direito de retenção no contrato de empreitada é necessário ter em atenção um momento de fulcral importância, o momento em que a propriedade da obra é transferida do empreiteiro para o dono da obra. A importância deste momento reside no facto de apenas fazer sentido falar em direito de retenção após a transferência da propriedade da coisa, uma vez que não se irá exercer direito de retenção sobre um bem próprio. Posto isto, teremos que verificar em que momento se dá a transferência da coisa. Neste sentido, ter-se-á que diferenciar quando se trate de bem móvel ou de bem imóvel. Tratando-se de bem móvel e sendo os materiais fornecidos pelo empreiteiro, a propriedade transfere-se aquando da aceitação. Sendo os materiais fornecidos pelo dono da obra a propriedade transfere-se com a conclusão da mesma. Quando se trate de bem imóvel e o terreno pertença ao dono da obra, tendo os materiais sido fornecidos pelo empreiteiro, a transferência da propriedade vai-se dando à medida que os materiais vão sendo incorporados no solo. Caso o terreno pertença ao empreiteiro, há uma lacuna legal. Contudo, como o empreiteiro é proprietário do terreno mantem-se proprietário do todo¹⁶ até a obra se encontrar finalizada.

3.2 – O Direito de Retenção do Empreiteiro - Posições doutrinárias

A aplicação do direito de retenção ao contrato de empreitada é um tema que gera bastante controvérsia entre a doutrina. Havendo autores que se pronunciaram favoravelmente à aplicação do direito de retenção ao contrato de empreitada e autores que

¹⁵ PEREIRA, Pedro Miguel da Costa – *Natureza Jurídica do Contrato de Empreitada. Contributo para uma Mudança de Paradigma*. Porto: Universidade Católica do Porto, 2014. Mestrado em Direito Privado, p. 18.

¹⁶ Terreno e materiais, independentemente de quem forneça os materiais.

manifestaram a sua posição contra a aplicação desta faculdade. Da redação do artigo 755.º CC podem extrair-se os casos especiais que gozam de direito de retenção. Contudo, nesse leque não surge o empreiteiro. Pelo que, seremos remetidos para o artigo 754.º CC, que define o direito de retenção como um instituto de âmbito geral que apenas se verifica quando se vejam preenchidos os pressupostos aí elencados. Dos três pressupostos necessários para que se verifique direito de retenção há dois que não levantam qualquer questão, a obrigação de entregar a coisa e a necessidade de o detentor ser, simultaneamente, credor da pessoa a quem a coisa é devida. Contudo, o terceiro pressuposto, ou seja, a exigência de uma conexão entre o crédito do detentor e a coisa detida, resultante de despesas realizadas com ela ou de danos por ela causados levanta várias questões que os autores interpretam e resolvem de maneiras distintas. Posto isto, teremos duas correntes de pensamento divergentes na resolução desta problemática.

3.2.1 - Atribuição do Direito de Retenção

Pedo Romano Martinez, baseando-se na cláusula geral do artigo 754.º CC, admite o recurso, por parte do empreiteiro, ao direito de retenção, para garantia do pagamento do preço da obra. Diz-nos o autor que “...*para garantia do pagamento do preço e de quaisquer indemnizações derivadas do incumprimento de deveres contratuais, o empreiteiro goza de direito de retenção sobre as coisas criadas ou modificadas, nos termos dos artigos 754.º e seguintes...*”¹⁷.

Do prisma do autor reúnem-se nesta presunção todos os pressupostos necessários para que se possa recorrer ao direito de retenção, ao empreiteiro assiste a obrigação de entregar a coisa, sendo que, em compensação lhe assiste um direito de crédito relativo as despesas feitas por causa da coisa, podendo estas ser despesas de construção, reparação ou modificação. Afirma ainda o autor que não seria justo permitir o recurso a este direito a quem realize benfeitorias e vedar o seu recurso ao empreiteiro que constrói, modifica e repara.

Para o autor será ainda viável o recurso a esta prerrogativa como garantia de pagamento de quaisquer indemnizações que emerjam do incumprimento contratual por parte do dono da obra. Apesar de não estarmos, neste caso, perante um dano por causa da

¹⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações* pp.452 e ss. in MADALENO, Cláudia - *A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 243.

coisa na extensão do artigo 754.º CC a situação é idêntica, pelo que se justifica a aplicação de regime análogo.

Recebe neste ponto o autor críticas de **Cláudia Madaleno**, para a qual, “...quanto a estas indemnizações derivadas do incumprimento de outros deveres contratuais julgamos que somente poderia existir direito de retenção caso este fosse objeto de consagração legal expressa. Trata-se de créditos simplesmente baseados na mesma relação jurídica da qual deriva a obrigação de entrega da obra, mas dos quais não resulta qualquer conexão efetiva com a coisa...”¹⁸. Posto isto, para as indemnizações apenas existiria direito de retenção caso fosse objeto de consagração legal expressa.

Pedro Romano Martinez admite que a retenção possa ser exercida sobre coisa que esteja na propriedade do dono da obra ou de terceiro, dado que o artigo 754.º CC apenas exige que a coisa seja certa, não apresentando qualquer impedimento quanto à propriedade da mesma. É o autor apoiado nesta posição por **Cláudia Madaleno**, entendendo que “...o direito de retenção é independente da legitimidade da pessoa que concede a detenção material da coisa, fundando-se, ao invés, numa ligação efetiva estabelecida entre o seu titular e a coisa retida.”¹⁹

Pedro Romano Martinez assume ser praticável que o empreiteiro lance mão de ações possessórias²⁰, baseando esta posição nas remissões dos artigos 758.º e 759.º, n.º3 CC para as regras do penhor, sendo que daí resulta que o empreiteiro se pode fazer valer das ações possessórias conjeturadas nos artigos 1276.º e seguintes do CC, mesmo contra o dono da obra.

Por fim, **Pedro Romano Martinez**, conduz-nos pela legislação de vários países e a sua aplicação do direito de retenção em relação ao empreiteiro. Assim, “no Brasil e em França concede-se ao empreiteiro um genérico direito de retenção. Já em Espanha, o direito de reter a coisa em penhor, que, no fundo, corresponde a um direito de retenção só é admitido com respeito a coisas móveis. No sistema jurídico alemão foi concedido ao

¹⁸ MADALENO, Cláudia - *A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 244.

¹⁹ Idem ibidem, p.245.

²⁰ “É comum afirmar-se que o empreiteiro, se não é proprietário da obra, não tem posse da mesma, mas uma mera detenção. Esta tomada de posição parece ser, pelo menos discutível. Na realidade, o empreiteiro que exerce o direito de retenção não se torna proprietário da obra por usucapião, mas, nos termos do artigo 1251.º Código Civil, a posse também pode corresponder ao exercício de outros direitos reais, que não o de propriedade; por outro lado, aplicando-se ao titular do direito de retenção as regras do penhor (art.s 758.º e 759.º n.º3 Código Civil), o empreiteiro pode usar as ações possessórias dos art.s 1276.º e seguintes Código Civil, mesmo contra o proprietário da obra.” Pedro Romano Martinez in Acórdão do STJ de 29-01-2014, proferido no Proc.º n.º1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, consultado em www.dgsi.pt, a 5-11-2016

*empreiteiro um direito de penhor sobre coisas móveis, se ele tiver a posse da obra e, relativamente a prédios construídos, o empreiteiro pode exigir a constituição de uma garantia hipotecária. Por sua vez, o direito italiano atribui ao empreiteiro um privilégio para a obtenção do crédito sobre o preço da empreitada de coisa móvel.”*²¹

Ferrer Correia e Sousa Ribeiro admitem que “...em garantia do pagamento das despesas suscitadas pela sua execução...”²² poderá o empreiteiro fazer-se valer do direito de retenção. Baseiam a sua posição no previsto no artigo 754.º CC, sendo este um preceito de carácter geral, ou seja, independentemente de constar das hipóteses elencadas no artigo 755.º CC.

Para estes autores importa ainda evidenciar que o empreiteiro assume perante o dono da obra uma obrigação de resultado, dado que se responsabiliza pela realização de uma obra através da sua própria atividade. Desta obrigação de resultado advém que o empreiteiro tem obrigação de fazer a obra e obrigação de entregar a coisa assim que termine a obra. A primeira é uma obrigação *de facere* enquanto a segunda é uma prestação de coisa. Consideram então os autores que relativamente à obrigação de fazer a obra opera a exceção de não cumprimento²³, por sua vez, quanto à obrigação de entregar a coisa há lugar a direito de retenção, como se extrai da seguinte afirmação “*ora, é precisamente sobre este ultimo tipo de obrigações – obrigação de entregar certa coisa- que pode incidir o direito de retenção, desde que, concomitantemente, estejam satisfeitos os restantes requisitos do artigo 754.º*”²⁴.

Entendem os autores que não há qualquer imposição no sentido de a obra ser anterior às despesas e deste modo pré-existir às mesmas. “*Trata-se antes de uma imputação objetiva dessas despesas à coisa, a qual tanto se verifica quando elas forem*

²¹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. Contratos. 2ªed. Almedina, 2001, p.348.

²² CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *Parecer do Professor Ferrer Correia e Dr. Joaquim de Sousa Ribeiro, em Coletânea de Jurisprudência*, 1986, Tomo I, pp 16 e ss. in MADALENO, Cláudia - A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 246.

²³ Encontrando-se prevista no artigo 428ºCC, funciona como um mecanismo compulsório que vai pressionar o devedor a cumprir a obrigação a que está adstrito, para assim conseguir obter a prestação que lhe interessa, não desempenhando uma função de garantia, diferentemente do direito de retenção. Assenta no pressuposto da existência de um vínculo sinalagmático entre as duas obrigações contrapostas, em termos de uma delas constituir a razão de ser da outra. É por força desse vínculo sinalagmático que, à partida, impõe que as duas obrigações recíprocas sejam cumpridas em simultâneo, possibilitando a uma parte a faculdade de recusar a sua prestação, até a contraparte se dispor a efetuar a que lhe compete ou oferecer o seu cumprimento simultâneo.

²⁴CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *Parecer do Professor Ferrer Correia e Dr. Joaquim de Sousa Ribeiro, em Coletânea de Jurisprudência*, 1986, p. 19. in MADALENO, Cláudia - A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 247, nota de rodapé 490.

*motivadas pela sua construção, como quando resulta de melhoramentos, arranjos ou demolições.*²⁵”

Ainda neste sentido, **João Calvão da Silva** admite o direito de retenção a favor do empreiteiro, pese embora tenha que se verificar uma conexão entre o direito de crédito e a coisa retida. A sua posição encontra fundamento no artigo 754.º CC, isto é, acolhe um direito de retenção com carácter geral. Cumpre ressaltar que, para o autor, para se verificar o direito de retenção nestes termos há que previamente operar a transferência de propriedade do empreiteiro para o dono da obra. Posto isto, e como plasmado no supracitado preceito, assume como possível o recurso a esta prerrogativa quando o crédito derive de “...*despesas feitas na coisa, com a coisa ou por causa da coisa...*”²⁶.

Acrescenta ainda que não haverá motivo para separar o preço dos materiais e utensílios do lucro, visto que não será facilmente calculado onde termina um e começa o outro, a fim de banir o lucro do valor relativamente ao qual se pode exercer a retenção, e aplicar assim esta faculdade apenas aos créditos derivados dos materiais e utensílios. Assim, defende que o direito de retenção poderá ser exercido como garantia para o preço integral da obra.

Contradiz o autor a doutrina que defende que o preço da obra não pode integrar as despesas para efeitos de aplicação do artigo 754.º CC, defendendo que qualquer despesa do empreiteiro será com a coisa ou por sua causa “...*quer se trate da compra de materiais e de utensílios, quer ainda de retribuições de serviços prestados na obra.*”²⁷ Defende ainda o autor que “...*a lei fala em «crédito resultante de despesas feitas por causa da coisa e não propriamente do 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.*”²⁸

²⁵ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Sousa – Direito de Retenção. Empreiteiro. P.21 in VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito das Garantias. Almedina, 2013, p.363.

²⁶ SILVA, João Calvão da – *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp 340 e ss. in MADALENO, Cláudia - A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 247.

²⁷ MADALENO, Cláudia - A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 248.

²⁸ SILVA, João Calvão da – *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 342. in MADALENO, Cláudia - A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8, p. 248.

À luz deste ponto de vista pode o empreiteiro reter a coisa quer para garantia de qualquer crédito derivado do material fornecido quer para garantia do pagamento integral do preço da obra, dado que tanto um como outro são parte de uma mesma coisa.

Observa-se na empreitada o principal fundamento do direito de retenção, a necessidade de salvaguardar a posição do credor, impedindo que o devedor enriqueça injustamente à custa do credor.

Entende ainda o autor que pode o empreiteiro fazer-se valer de ações possessórias, nos termos da remição operada pelos artigos 758º e 759º, nº3 CC, executar a coisa retida, à luz do plasmado no artigo 758º, 759º e 675ºCC, e ainda ressarcir o seu direito de crédito através do produto da venda, como previsto nos artigos 758º e 759ºCC.

Para finalizar, no entendimento de **João Calvão da Silva** a atribuição do direito de retenção ao empreiteiro não carece de previsão legal específica dado que integra a cláusula geral do artigo 754.º CC.

Seguindo a mesma corrente de pensamento temos **L. Miguel Pestana de Vasconcelos**²⁹. Para o autor, o direito de retenção é um direito real de garantia que quando recaia sobre coisa imóvel concede uma proteção particularmente forte e é uma maneira de induzir o devedor a satisfazer a sua prestação.

Esta prerrogativa encontra-se genericamente no artigo 754.º CC e temos no artigo seguinte um elenco de casos especiais de direito de retenção.

O titular do direito de retenção tem fundamentalmente duas faculdades. Pode negar-se a entregar a coisa ao devedor até ver a sua prestação satisfeita. Estamos assim perante a função compulsória do direito de retenção.³⁰ Pode ainda, caso estejamos perante um bem móvel, reter a coisa nos mesmos modos que o credor pignoratício, caso estejamos perante um bem imóvel pode reter nos mesmos modos que o credor hipotecário.

A possibilidade de recurso ao direito de retenção depende do preenchimento dos requisitos do artigo 754.ºCC ou de enquadramento nos casos do artigo 755.ºCC. Não obstante de ser excluído caso se verifique alguma das situações constantes do artigo 756.ºCC.

²⁹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – *Direito das Garantias*. 2ª ed. Almedina, 2013.

³⁰ Quanto maior a diferença de valor entre a coisa retida de o credito do retentor, bem como a falta que a coisa faça ao devedor, por exemplo, uma retroscavadora de um empreiteiro, mais eficiência terá esta prerrogativa.

O empreiteiro apenas se poderá negar a entregar a coisa ao dono da obra caso este não pague o preço e se encontrem preenchidos os pressupostos do artigo 754.ºCC. Havendo bastante polémica relativamente à parte final do artigo 754.ºCC entende o autor que o empreiteiro, no exercício da sua atividade realiza sempre despesas. Para justificar a sua posição recorre **L. Miguel Pestana de Vasconcelos** aos dizeres de **Calvão da Silva**³¹.

Outro argumento contra a atribuição do direito de retenção ao empreiteiro e que o autor refuta, será o facto de que o empreiteiro poderia dotar-se de outras garantias. Mas para isso seria necessário que o credor tivesse força bastante para ditar a prestação de garantias à outra parte. “*Mesmo na empreitada de construção de coisas imóveis (...) o empreiteiro, do ponto de vista económico, pode ser a parte fraca.*”³² Não tendo, deste modo, possibilidade de impor tais garantias, sob pena de perder o negócio, além de que aumentaria os custos da transação.

Importa agora saber se o direito de retenção incide apenas sobre as despesas que o empreiteiro realizou na edificação da obra ou se abrange o preço por inteiro, incluindo o lucro. Acredita o autor que cabe o valor integral do preço no direito de retenção. No preço encontra-se o valor que o empreiteiro espera obter de lucro, o que nem sempre corresponde com o que obtém na realidade³³, daí pode advir que, mesmo estando o preço por inteiro garantido, o empreiteiro venha a ter prejuízo. No entanto, mesmo havendo lucro, este deve estar acautelado, como nos demais contratos de prestação de serviços.

Abílio Neto³⁴, entende que o direito de retenção compreende a prerrogativa de atribuir a alguém a possibilidade de não restituir a coisa alheia que detenha, a quem a possa exigir, até que seja ressarcido, pelo proprietário, dos gastos que teve por causa dessa coisa. Trata-se, portanto, de um direito real de garantia. Assim, pode exercer-se direito de retenção independentemente de onde a coisa se encontre, mesmo que esteja em posse de terceiros. Não será qualquer crédito que atribui direito de retenção, mas apenas caso haja correlação entre o crédito e a coisa, no sentido de o crédito nascer de despesas feitas com a coisa, ou danos por ela causados. Posto isto, importa verificar quais os pressupostos necessários para que haja lugar a direito de retenção. À luz do artigo 754.ºCC são pressupostos do direito de retenção “*a detenção ou posse material da coisa e legitimidade*

³¹ SILVA, Calvão da – *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4ª ed. Almedina, 2002.

³² VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – *Direito das Garantias*. 2ª ed. Almedina, 2013, p.363.

³³ Por exemplo, caso o preço dos materiais tenha aumentado.

³⁴ NETO, Abílio – *Código Civil Anotado*. 19ªed. Edifirum: 2016.

*da detenção; ser o detentor da coisa credor da pessoa a quem a coisa deve ser restituída; e a existência de uma relação de conexão entre o crédito do detentor e a coisa.”*³⁵

Apesar de no artigo 755.ºCC haver um elenco de casos que gozam de direito de retenção, neles não cabe referência ao empreiteiro. Contudo, regra geral, atribui-se a possibilidade de recurso ao direito de retenção pelo empreiteiro, quanto ao preço da obra.

A mera detenção, desde que efetuada de boa fé, valida o direito de retenção. Não obstante, caso a detenção ou as despesas sejam realizadas de má-fé, não cabe possibilidade de recurso a esta prerrogativa (Art.º756.ºCC).

O direito de retenção tem uma natureza compulsória, na medida em que exerce pressão sobre o dono da obra. No entanto, também tem uma função de garantia, atribuindo ao titular do direito de retenção preferência no pagamento. Assim sendo, este direito configura-se como uma causa legítima de incumprimento. Importa ainda frisar que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, mesmo que anteriormente registada (Art.º 759.º, nº2 CC).

Resultando o direito de retenção da lei não se encontra sujeito a registo. “*A publicidade encontra-se assegurada pelo próprio texto legal que o admite e pelas situações materiais a que se aplica, pelo que, estando aquela garantida e visando o registo precisamente a publicidade da situação jurídica, não se torna o mesmo necessário, decorrendo, aliás, a sua não inclusão no grupo dos direitos sujeitos a registo.*”³⁶

O direito de retenção não atribui ao retentor o direito de usar a coisa retida. No entanto, caso o retentor a utilize cabe ao dono da coisa o direito a exigir a prestação de caução.

O empreiteiro goza de direito de retenção, seja qual for a modalidade da empreitada, enquanto não for pago do respetivo preço. Podendo reter a obra que realizou total ou parcialmente, mesmo no caso de não se encontrar terminada. O empreiteiro pode ainda socorrer-se de ações possessórias para defesa da posse.

Como ultimo autor em análise nesta corrente de pensamento iremos descortinar a posição de **Inocência Galvão Telles**. Segundo este autor, o direito de retenção é uma

³⁵ *Idem ibidem*, p. 740.

³⁶ *Idem ibidem* p. 739.

previsão legal de caráter geral que se verifica sempre que ocorrem os pressupostos previstos no artigo 754.º CC. Existir direito de retenção significa que o retentor pode recusar a entrega da coisa, retendo-a até ver a sua contraparte satisfeita. “A *detenção transforma-se em legitima detenção*.³⁷” Assim, enquanto não vir a sua prestação satisfeita, pode o retentor recusar-se, lícitamente, a satisfazer a sua, sem incorrer em qualquer sanção.

Sendo o direito de retenção um direito absoluto é oponível a todos.

Conferindo o direito de retenção a faculdade de o credor não entregar a coisa enquanto não vir o seu crédito satisfeito, este pode fazer-se valer dela tanto contra o devedor como contra terceiros, por todo o tempo que o estado de insatisfação se prolongar. Deste ponto de vista encontramos-nos perante uma garantia real indireta. Descortinando o conceito, estamos perante uma garantia porque torna mais exequível o pagamento do crédito e real porque é invocável contra terceiros. É uma garantia real indireta pois a sua função não é a de proporcionar o pagamento, mas sim persuadir o devedor a pagar voluntariamente, pois sabe que em contrario o empreiteiro não lhe entregará o objeto.

No entanto, também se apresenta como uma garantia real direta na vertente em que o retentor se pode fazer pagar pela coisa retida, com preferência sobre os demais credores. Assim, pode o retentor obter o seu pagamento através do produto da venda. “*O retentor é um credor preferencial*. ”³⁸

Caso o direito de retenção incida sobre coisa móvel a lei equipara-o ao penhor. Recaindo sobre coisa imóvel é equiparado à hipoteca, sendo que lhe são ainda aplicáveis algumas das regras do penhor, relativamente aos direitos e obrigações. Importa ainda ressaltar que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, mesmo que anteriormente registada.

O retentor tem a posse, não a propriedade, mas a posse correspondente ao direito de retenção sobre a coisa alheia em que o mesmo se baseia.

À luz do plasmado no artigo 1251.º CC “*posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de*

³⁷ TELLES, Inocêncio Galvão - *O Direito*. Anos 106º- 119º, p. 15.

³⁸ *Idem ibidem*, p. 17.

outro direito real”, ou seja, quando alguém efetua em seu proveito os poderes correspondentes a um direito real. Fica ainda mais evidente o reconhecimento da posse aquando da atribuição legal de todos os direitos do credor pignoratício³⁹ em tudo que a natureza do penhor ou a lei não afaste. Posto isto, estando entre esses direitos a posse, motivo algum há para que este seja negado ao retentor.

O facto de o contrato ser sinalagmático não é condição bastante para que haja lugar a direito de retenção, por si só esta característica não concebe o *ius retentionis*⁴⁰. Apesar de não ser suficiente para originar o direito de retenção, também não o afastará, quando se vejam verificados os pressupostos necessários para que o mesmo exista.

Posto isto, iremos agora analisar, em concreto, o caso do empreiteiro. Importa primeiro aclarar as posições que se observam, de um lado temos o empreiteiro com a encargo de entregar a coisa objeto da empreitada e de outro temos o seu crédito proveniente de” *despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados*”. Verifica-se deste modo o conceito do artigo 754.º CC, concluindo-se assim que o empreiteiro goza de direito de retenção.

Deste modo, pode o empreiteiro reter a coisa até ver o seu crédito integralmente satisfeito, reagindo assim contra atos que atemorizem ou ofendam a sua posse. Importa neste ponto frisar que o empreiteiro retentor terá preferência sobre os demais credores, mesmo sobre o credor hipotecário com registo anterior. Encontra-se dotado de uma garantia real com eficácia *erga omnes*.

No entanto, acresce fazer a ressalva que o empreiteiro não poderá fazer-se valer do direito de retenção em caso de empreitada mobiliária quando os materiais sejam, em todo ou na maior parte fornecidos por si, dado que este torna-se proprietário dos materiais⁴¹, bem como da obra após a sua conclusão. A transferência da propriedade opera com a aceitação pelo dono da obra (Art.º1212.º. n.º1, 1ª parte CC). Assim, tendo o empreiteiro a propriedade da obra não fará sentido que este recorra ao direito de retenção

³⁹ Art.º 670.º CC:

“Mediante o penhor, o credor pignoratício adquire o direito:

- a) *De usar, em relação à coisa empenhada, das ações destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono;*
- b) *De ser indemnizado das benfeitorias necessárias e uteis e de levantar estas ultimas, nos termos do artigo 1273.º;*

De exigir a substituição ou o reforço do penhor ou o cumprimento imediato da obrigação, se a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente para segurança da dívida, nos termos fixados para a garantia hipotecária.”

⁴⁰ Contrariamente ao que era sugerido por Vaz Serra, inspirado no código alemão.

⁴¹ Torna-se proprietário por acessão (Art.º 1325.º CC), os materiais passam para a sua propriedade quando incorporados com os que o empreiteiro forneceu.

dado que este só poderá ser exercido sobre coisa alheia e não sobre um bem próprio⁴². Feito o parêntesis a esta situação específica, goza o empreiteiro de direito de retenção nas restantes modalidades da empreitada, quer se trate de empreitada mobiliária com materiais fornecidos pelo dono da obra (Art.º1212.º, nº1 CC) ou de empreitada imobiliária.

Sendo a modalidade em que o terreno pertence ao dono a obra e os materiais pertencem ao empreiteiro⁴³ a modalidade mais frequente será essa a mais visada.

O empreiteiro instala-se no terreno do dono da obra e inicia os seus trabalhos. Realizando assim despesas por causa da obra, obra essa que é o terreno e a construção edificada, nele implementada, formando assim um todo. *“O empreiteiro realiza despesas por causa da coisa – por causa do solo, acrescido dos valores que aí vai incorporando, traduzidos, nomeadamente, no produto do trabalho e nos materiais utilizados. Paga aquele trabalho, custeia estes materiais, suporta os gastos gerais da exploração. Tudo isto – insiste-se – por causa da coisa que é objeto do contrato e que ele deverá entregar, tendo como contrapartida o preço destinado a cobrir tais dispêndios. Existe com meridiana clareza, a conexão objetiva determinante do direito de retenção e nada mais é preciso para que se afirme inequivocamente a presença desse direito.”*⁴⁴

Cumprе acrescentar que o empreiteiro poderá recorrer ao direito de retenção mesmo que nada tenha construído, contando que tenha realizado despesas⁴⁵ dado que estas serão feitas por causa da coisa. Neste caso o direito de retenção cinge-se ao terreno, uma vez que nada mais há a reter.

Não tem **Galvão Telles** dúvidas quanto à justiça da atribuição ao empreiteiro do direito de retenção.

O empreiteiro e as despesas que realiza acrescentam valor à coisa. Esse valor, assim como os materiais e as despesas transferem-se para o património do dono da obra. No entanto, essa transferência é apenas jurídica, uma vez que economicamente essa importância continuará a pertencer ao empreiteiro até que este veja a sua prestação integralmente satisfeita. Posto isto, o dono da obra não poderá chama-la de sua, a coisas,

⁴² Nesta situação pode haver lugar a direito de retenção após a aceitação da obra e até há sua entrega, quando a aceitação e a entrega não coincidam.

⁴³ A propriedade do terreno mantém-se do dono da obra e os materiais vão passando para a sua propriedade à medida que vão sendo incorporados no solo (Art.1212.º, nº2 CC).

⁴⁴ TELLES, Inocêncio Galvão - *O Direito*. Anos 106º- 119º, pp. 22 e 23.

⁴⁵ Tomemos como exemplo a instalação de um estaleiro ou movimentação de terras.

a obra, até que cumpra a sua obrigação. A aquisição antes do pagamento do preço pelo dono da obra dá-se por motivos técnico-jurídicos. Para equilibrar esta situação há que reconhecer ao empreiteiro direito de retenção para que possa reter a coisa até ao pagamento e fazer-se pagar por ela, tendo preferência sobre os demais credores.

Havendo direito de retenção a favor de quem detenha coisa alheia e nela realize benfeitorias que lhe dêem direito a ser reembolsado, não há motivo que justifique o seu afastamento quando o detentor seja o empreiteiro a quem o proprietário da coisa encarregou das benfeitorias.

*“Por mais forte razão deve o empreiteiro gozar daquele direito quando as obras de que é incumbido se não limitam a simples benfeitorias, mas são obras inovadoras, tendentes à criação de coisas novas – nomeadamente os prédios urbanos cuja construção se contratou.”*⁴⁶ Pode daqui retirar-se que a obra realizada pelo empreiteiro não se resume a uma mera benfeitoria, trata-se de obras que tendencialmente levam à criação de coisas novas.⁴⁷

O direito de retenção goza do atributo da sequela, escoltando a coisa nas suas transferências. Se o objeto for transferido o retentor pode negar-se a proceder à entrega do mesmo ao adquirente, até ver integralmente satisfeita a sua pretensão. Como **Vaz Serra**⁴⁸ afirmava, se o direito de retenção não acompanhasse a coisa nas suas transmissões, facilmente o devedor se livraria deste ónus, bastando que vendesse o bem.

Poderia ser um argumento contra a aplicação do direito de retenção, no caso da empreitada, o facto de o direito de retenção não estar sujeito a registo e de, o terceiro adquirente desconhecer tal encargo aquando da aquisição do bem. Contudo, este argumento não segue avante. Apesar de o registo exercer a função de publicitar os atos, este não se aplica a todos, em principio apenas aos atos praticados sobre imóveis. O privilégio imobiliário não sendo um ato sujeito a registo passa à frente de qualquer direito. Assim sucede com o direito de retenção que prevalece sobre a hipoteca, mesmo que anteriormente registada (Art.º 759.º, nº2 CC). Apenas prevalece sobre o direito de

⁴⁶ TELLES, Inocêncio Galvão - *O Direito*. Anos 106º- 119º, p.26.

⁴⁷ Importa distinguir quando se esta perante uma benfeitoria ou quando se esta perante acessão. Apesar de ambas acrescentarem valor à coisa, a benfeitoria importa uma simples conservação ou melhoramento, por sua vez, a acessão inova, modificando a coisa.

⁴⁸ SERRA, Vaz – *Direito de Retenção*, n.º 10, n.º 12, alínea c), e n.º 34 (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).

retenção o privilégio hipotecário, independentemente da ordem cronológica dos mesmos (Art.º 751.º CC).

A circunstância de o bem se encontrar na posse do credor e não do proprietário traz, por si só, uma evidente publicidade ao ato, impelindo, deste modo, os terceiros a deslindar a real situação jurídica da coisa.

Em suma, entende **Inocêncio Galvão Telles** que:

- Ao empreiteiro é admissível o recurso ao direito de retenção, quer a obra esteja concluída ou não, desde que se encontre na sua posse e a propriedade não lhe pertença;
- A sua posição baseia-se no preceituado no artigo 754.º CC, uma vez que o crédito do empreiteiro deriva de despesas feitas com a coisa;
- O preço da empreitada destina-se essencialmente a cobrir as despesas;
- Na previsão do artigo 754.º CC não podem considerar-se as despesas apenas como benfeitorias;
- Não faria sentido atribuir direito de retenção ao benfeitor e negar ao empreiteiro;
- O titular do direito de retenção pode recusar-se a entregar a obra até integral satisfação do seu direito, bem como pode obter esse pagamento através do produto da venda.

3.2.2 - Negação do Direito de Retenção

Bem como há autores que defendem a possibilidade de recurso, pelo empreiteiro, ao direito de retenção caso o dono da obra não cumpra a sua principal obrigação, isto é, o pagamento do preço, também há os que apoiam uma posição antagónica. Posto isto, iremos agora descortinar quais os autores e suas perspetivas no caso de impossibilidade de recurso por parte do empreiteiro a esta prerrogativa.

João de Matos Antunes Varela recusa o recurso a esta faculdade pelo empreiteiro fundando a sua posição na não previsão do mesmo no leque de retentores enunciados no nº1 do artigo 755.º CC, bem como na inexistência da coisa. Diz-nos o autor que *“as despesas efetuadas 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 efetuadas para que a coisa (a obra) venha a existir*⁴⁹. Assim, **Antunes Varela** aponta para a necessidade da pré-existência da coisa para se poder falar em despesas feitas por causa dela, concluindo que na empreitada quando as despesas são realizadas, estas não são feitas por causa da coisa, já que a coisa, nesse momento, ainda não existe. A coisa trata-se, para o autor, da obra realizada, concluída. Posto isto, as despesas que o empreiteiro efetuar não serão por causa da coisa nos termos do artigo 754.º CC, mas com vista a que a coisa venha a existir. Portanto, no ponto de vista do autor em apreço não se admite recurso ao direito de retenção.

Por fim, apenas excecionalmente admite a possibilidade de recurso ao direito de retenção, sendo unicamente possível nos casos em que *“o crédito do retentor nasça de despesas feitas com a coisa, que a devem ter valorizado no interesse da generalidade dos credores de prejuízos provenientes da própria coisa detida, considera a lei justificada, sobretudo a preferência concedida ao detentor na satisfação do seu crédito”*⁵⁰ Posto isto, a combinação entre estes requisitos e a falta de previsão do empreiteiro no artigo 755.º CC serão motivo bastante para negar categoricamente a possibilidade de o empreiteiro gozar de direito de retenção em caso de incumprimento por parte do dono da obra.

Na mesma corrente de pensamento, **Pires de Lima**⁵¹ recusa também ao empreiteiro o recurso ao direito de retenção, assumindo que ao mesmo, aquando da falta de pagamento do dono da obra, assiste somente a possibilidade de recurso à exceção de não cumprimento. Baseia a não admissibilidade do direito de retenção na empreitada, com base na não previsão no art.755º CC, pois na opinião deste autor, o direito de retenção constitui uma garantia excecional do credor, apenas aplicável nos casos previstos na lei. Fundamenta ainda a sua “tese” com base no crédito de que o empreiteiro goza não caber na disposição do art.754º CC, pois a disposição constante nesta norma diz respeito ao devedor de coisa certa que disponha de um crédito sobre o seu credor, desde que o crédito resulte de despesas feitas por causa da coisa ou de danos causados pela coisa. O crédito do empreiteiro tem como objeto o preço da empreitada e, uma coisa é o preço da

⁴⁹ VARELA, Antunes - *Das Obrigações em Geral*. Vol. II, 7.ª Reimpressão da 7.ª Edição de 1997, Coimbra: Almedina, 2012 p. 580 in NUNES, Fernando Jorge da Costa Mota - *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito Privado, p. 29.

⁵⁰ *Idem ibidem*, pp. 579 e ss. in MADALENO, Cláudia - *A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-97232-1587-8, p. 250.

⁵¹ LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotada*, Vol II, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

empreitada e outra são as despesas feitas com o imóvel. Entendendo que não há analogia entre estas duas situações. Por fim, o seu último argumento diz respeito à proposta de **Vaz Serra** no antigo Código Civil, pois, uma vez que o legislador recusou a mesma, então o empreiteiro não goza do direito de retenção, isto porque o seu crédito resulta de um contrato. A proposta de **Vaz Serra** assentava na relação de conexão justificativa do direito de retenção no caso de os dois créditos se fundarem na mesma relação jurídica.

Por último, cabe-nos perguntar se o lucro do empreiteiro é um crédito garantido pelo direito de retenção. O preço da empreitada corresponde às despesas realizadas pelo empreiteiro, bem como ao lucro que ele irá retirar da realização daquela obra. Bem sabemos que, existe um investimento intelectual e físico do empreiteiro que corresponde ao lucro que deverá retirar da realização da obra.

3.3 – O Direito de Retenção do Empreiteiro - Posição da Jurisprudência

Assim como na doutrina, também na jurisprudência são defendidas posições antagónicas em relação a este tema. No entanto, há uma gritante maioria que adota a linha de pensamento que defende a possibilidade de recurso do empreiteiro ao direito de retenção para satisfação do seu crédito, havendo correntes de pensamento que entendem que o lucro do empreiteiro se inclui no valor do crédito e, em sentido contrário, correntes que obstam a que tal seja admissível.

3.3.1 – Atribuição do Direito de Retenção

Diz-nos o acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça datado de 6 de junho de 2008**⁵² que o empreiteiro goza de direito de retenção em caso de incumprimento da outra parte. Prevalendo o direito de retenção sobre a hipoteca, ao abrigo do nº2 do artigo 759.ºCC, esta norma não é materialmente inconstitucional. O artigo 754.ºCC atribui ao titular do direito de retenção a faculdade de não entregar a obra, mantendo-a em seu poder, enquanto não veja a sua prestação satisfeita. Para que exista este direito real de garantia é, então, necessário que se verifiquem os pressupostos do referido artigo, são eles, a licitude da detenção da coisa que o titular do direito deva entregar, o credor seja simultaneamente, devedor da pessoa a quem tenha que entregar a coisa e haja uma conexão entre ambos os créditos (*debitum cum re junctum*).

⁵² Acórdão do STJ, de 6 de junho 2008, processo nº08A1470, relator Cardoso de Albuquerque, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c2b2817b0e857ba98025746a002cef93?OpenDocument> [Consult. 5 de nov. de 2016].

Há autores e uma parca parte da jurisprudência que entendem não ser possível o recurso do empreiteiro ao direito de retenção face ao não pagamento do preço pelo dono da obra pois entendem que o preço não corresponde as despesas feitas com a coisa pelo que não haverá conexão entre a coisa e o crédito. Não obstante, a corrente com a posição contrária entende estar o empreiteiro obrigado a entregar a coisa e o crédito terá origem nas despesas feitas por causa da coisa, podendo estas despesas ser de modificação, constituição ou reparação. Como, e bem, entende **Galvão Telles**⁵³, não seria de admitir o recurso ao direito de retenção ao benfeitor e não se admitisse ao empreiteiro. **Menezes Leitão**⁵⁴ argumenta a favor do direito de retenção invocando que atribuindo-se direito de retenção ao construtor de navios, também será de admitir ao empreiteiro.

Ao abrigo do nº2 do artigo 759.ºCC, recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel equipara-se à hipoteca. No entanto, tem prioridade sobre esta, ainda que a hipoteca tenha sido anteriormente registada.

A preferência que lhe é atribuída habita no facto de o retentor não poder invocar o seu direito contra outros credores, para impedir a execução da obra. “*A atribuição ao direito de retenção da “oponibilidade erga omnes” decorre por seu turno do próprio facto da retenção e da publicidade inerente pois mostrando a coisa em poder do retentor, logo fará suspeitar de que não está livre.*”⁵⁵ Daqui pode extrair-se que a publicidade desta prerrogativa justifica a sua oponibilidade *erga omnes*.

Quanto à preferência esta é concedida em virtude dos atos que estão na origem do crédito do titular do direito de retenção. Caso as despesas realizadas com a modificação, reparação ou construção não tivessem sido realizadas, a coisa poderia ter-se deteriorado até nenhum credor ou mesmo o proprietário poderem realizar o seu direito. Caso essa preferência não lhe fosse atribuída os demais credores iriam, injustamente, aproveitar dos gastos que o empreiteiro haja realizado.

“*No fundo, trata-se de garantia muito especial caracterizada por um nexo de ligação muito apertado entre a coisa e a obrigação.*”⁵⁶

⁵³ TELLES, Galvão – *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra Editora, 2010.

⁵⁴ LEITÃO, Menezes – *Garantia das Obrigações*. 13ª ed. Almedina 2016.

⁵⁵ Acórdão do STJ, de 6 de junho 2008, processo nº08A1470, relator Cardoso de Albuquerque, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c2b2817b0e857ba98025746a002cef93?OpenDocument> [Consult. 5 de nov. de 2016].

⁵⁶ Acórdão do STJ, de 6 de junho 2008, processo nº08A1470, relator Cardoso de Albuquerque, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c2b2817b0e857ba98025746a002cef93?OpenDocument> [Consult. 5 de nov. de 2016].

Importa ainda acrescentar que, regra geral, o crédito do empreiteiro representa uma pequena quantia em relação ao valor da coisa, pelo que, a não se atribuir esta preferência, o crédito da hipoteca iria esvaziar a coisa de valor.

Não se vê que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca ofenda os princípios da proporcionalidade, igualdade ou confiança.

Recebe este acórdão críticas de **José Miguel Neves Figueiredo**⁵⁷. Para este importa saber se o direito do empreiteiro resulta ou não da clausula geral do artigo 754.ºCC dado que não se encontra elencado no artigo 755.ºCC. No anteprojeto de **Vaz Serra** o empreiteiro encontrava-se previsto naquele que viria a ser o atual artigo 755.ºCC, contudo esta previsão acabou por não vingar na 2ª revisão ministerial.

Acresce agora descortinar as considerações tecidas por **José Miguel Neves Figueiredo**.

Importa que quando a obrigação vença o retentor detenha a coisa, e que daí por diante a detenha sem suspensões, dado que, à partida o direito de retenção só poderá ser exercido após o vencimento da obrigação. O vencimento da obrigação determina o momento a partir do qual o devedor deve cumprir a sua obrigação.

Se o credor perder a detenção da coisa entre o momento da constituição da obrigação e o vencimento e a venha a deter de novo, licitamente, nada obsta a que possa exercer direito de retenção. Contudo, a detenção tem que se verificar no momento do vencimento da obrigação e assim se deve manter, sem interrupções.

A maioria, tanto da doutrina como da jurisprudência, entendem ser viável o recurso do empreiteiro ao direito de retenção. A defender esta posição temos **Ferrer Correia e Sousa Ribeiro, Menezes Leitão, calvão da Silva e Pedro Romano Martinez**. Em defesa da posição contrária encontram-se **Pires de Lima e Antunes Varela**. Parece a **José Miguel Neves Figueiredo** que os argumentos defendidos pela primeira corrente de pensamento não validam a possibilidade de recurso do empreiteiro ao direito de retenção quando o crédito tenha por base o preço. Em bom rigor, nada obsta a que o

⁵⁷ FIGUEIREDO, José Miguel Neves – *Direito de retenção a Favor do Empreiteiro – do silêncio legislativo permissivo à negação intencional. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2008*. JusJornal. Coimbra: Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. N.º887 (12 de novembro de 2009), ed. Wolters Kluwer Portugal. Consultado em <http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTGAAEMTU7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAevk-QCAAAA=WKE>, a 5 de novembro de 2016.

empreiteiro exerça direito de retenção contra o dono da obra, derivado de outros créditos, o que será inviável é justificar esse direito com a falta de pagamento do preço.

Serão assim apresentados os motivos que justificam esta posição.

À luz do artigo 754.ºCC um dos pressupostos do direito de retenção é, precisamente, o crédito derivar de despesas feitas por causa da coisa. O preço é um elemento fundamental do contrato de empreitada, não uma despesa. É um elemento essencial pois sem pagamento do preço o contrato não se considera cumprido e porque se não houver preço não estaremos perante um contrato de empreitada, mas sim perante um contrato de prestação de serviços gratuito. *“Entendemos, portanto, que considerar o preço a pagar pelo dono da obra como um crédito resultante de uma despesa realizada por causa da coisa é redutor e desfigura o próprio contrato de empreitada, na medida em que, mais do que uma despesa, é um dos elementos essenciais desse contrato.”*⁵⁸

O contrato de empreitada é um contrato obrigacional dado que dele emergem a obrigação de realizar a obra para o empreiteiro e de pagar o preço para o dono da obra. Posto isto, o preço não nasce das despesas que o empreiteiro realizou, mas antes do sinalagma que recai sobre o dono da obra com a celebração do contrato.

O crédito do empreiteiro nasce na sua esfera com a celebração do contrato, mesmo que este não tenha efetuado quaisquer despesas.

O preço não poderá ser visto como uma despesa feita por causa da coisa na medida em que constitui a retribuição pelo serviço que o empreiteiro prestou. A empreitada é um contrato oneroso porque implica sacrifícios patrimoniais para ambas as partes, no caso do empreiteiro, este sacrifício reflete-se no valor do seu trabalho.

A empreitada é um contrato de prestação de serviços porque o empreiteiro realiza a sua prestação mediante um pagamento.

Mesmo que o preço fosse visto como uma despesa por causa da coisa, não parece que sejam essas as despesas vertidas no artigo 754.ºCC. Tratam-se de despesas

⁵⁸ FIGUEIREDO, José Miguel Neves – *Direito de retenção a Favor do Empreiteiro – do silêncio legislativo permissivo à negação intencional. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2008.* JusJornal. Coimbra: Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. N.º887 (12 de novembro de 2009), ed. Wolters Kluwer Portugal. Consultado em <http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTGAAEMTU7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAevk-QCAAAA=WKE>, a 5 de novembro de 2016.

imprevistas e acidentais, ou seja, despesas que as partes, no momento da celebração do contrato, não esperavam que viessem a existir.

*“Cremos, portanto, que está associada ao direito de retenção genérico uma ideia de garantia superveniente de um crédito não previsto ou esperado pelas partes no momento da celebração do contrato, mas que está em estreita ligação com a coisa objeto desse contrato.”*⁵⁹ Apenas esta conexão à coisa e a índole inesperada do gasto justificam a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca. Nada leva a acreditar que o mesmo se aplique em relação ao preço.

Resumindo, o direito de retenção apenas se aplica como garantia excepcional que só se verifica quando as despesas ligadas à coisa não estavam previstas ou calculadas, apenas nessa situação se justifica esta proteção legislativa posterior.

Na essência do artigo 754.ºCC não parece haver lugar a créditos que nasçam da relação contratual, como por exemplo, o crédito relativo ao preço. Entendem que o artigo 755.ºCC foi criado, precisamente, por esses créditos aí não caberem.

Em conclusão, no artigo 754.ºCC não há lugar aos créditos que derivem intimamente do contrato, tendo o legislador criado o artigo 755.ºCC para os casos em que essa ligação é tão estreita que faz sentido o credor reter a coisa. Estando o empreiteiro excluído dessa lista há que concluir pela não possibilidade de recurso ao direito de retenção pelo mesmo.

No Decreto-Lei nº 201/98, de 10 de julho encontra-se o estatuto legal do navio, no qual se encontram as normas relativas à sua construção, sendo que esta construção configura sem qualquer dúvida um contrato de empreitada. O artigo 25.º do presente diploma atribui ao construtor do navio a possibilidade de recorrer ao direito de retenção. Por sua vez, o artigo 13.º, também deste diploma, remete para as normas da empreitada a construção do navio, em tudo que não seja contrario ao disposto no decreto-lei. Assim se pode extrair que o legislador não aceita que o direito de retenção deriva do regime geral, pois em contrario não o teria previsto explicitamente ao construtor do navio. Posto isto,

⁵⁹ FIGUEIREDO, José Miguel Neves “Direito de Retenção a Favor do Empreiteiro – do silêncio legislativo permissivo à negação intencional. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2008”. Disponível em <http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTGAAEMTU7Wv1KLizPw827DM9NS8klQAevk-QCAAAA=WKE>. [Consult. 05 nov. 2016].

o direito de retenção a favor do construtor do navio reveste uma natureza excepcional face ao regime geral da empreitada.

Como ultimo argumento invocado temos o fator histórico, uma vez que inicialmente o direito de retenção a favor do empreiteiro estava previsto, mas acabou por não seguir a diante.

Cumpr agora, a admitir-se direito de retenção a favor do empreiteiro, saber se este pode prevalecer sobre a hipoteca mesmo que anteriormente registada.

A confiança que o credor hipotecário tenha na sua garantia depende do trabalho a realizar pelo empreiteiro⁶⁰, na medida em que se não fosse esse trabalho a garantia poderia não cobrir o total do crédito, logo será desejável que o empreiteiro satisfaça primeiro o seu crédito.

Entende o autor que o direito de retenção deve prevalecer sobre a hipoteca mesmo que anteriormente registada, não se vendo violados os princípios da segurança jurídica e da proteção. Admite esta situação pois entende que o trabalho do empreiteiro irá acrescentar valor à coisa o que irá permitir que o credor hipotecário veja o seu crédito satisfeito total ou parcialmente. Esta valência faz com que o empreiteiro veja o seu crédito satisfeito com prioridade. No caso de a hipoteca versar sobre coisa a construir a sua garantia esta bastante diminuída. Em contrário, a confiança do empreiteiro de que irá receber a sua retribuição é elevada dado que o dono da obra contraiu um empréstimo para a satisfazer.

Pode retirar-se do acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça datado de 5 de maio de 2005**⁶¹ que “*é de reconhecer ao empreiteiro o direito de retenção sobre a obra construída em caso de relapsidão do respetivo dono no pagamento do preço, visto tal crédito provir de despesas com aquela feitas – artº 754º do C. Civil.*”⁶² Este direito poderá verificar-se independentemente do tipo de empreitada realizada, podendo a mesma ser de construção, reparação, demolição ou conservação, pode ainda a empreitada ser total ou

⁶⁰ Caso uma entidade bancária conceda um empréstimo para construção de um edifício, a sua garantia reside no edifício em si. No momento em que o empréstimo é concedido o edifício ainda não esta construído. Assim, a sua satisfação só ganha forma com a realização do trabalho pelo empreiteiro.

⁶¹ Acórdão do STJ, de 5 de maio 2005, processo nº05B865, relator Ferreira de Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b9e18b748f15b1f8025701b0044dd33?OpenDocument> [Consult. 5 de nov de 2016].

⁶² Acórdão do STJ, de 5 de maio 2005, processo nº05B865, relator Ferreira de Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b9e18b748f15b1f8025701b0044dd33?OpenDocument> [Consult. 5 de nov de 2016].

parcial ou podem ainda ter assumido qualquer situação tendente a que se dê a resolução do contrato. Em qualquer uma destas situações pode o empreiteiro recorrer ao direito de retenção contra o dono da obra que se encontre em incumprimento. Defende este acórdão que decorrendo o direito de retenção da lei este não necessitava de ser contratualmente reconhecido. Importa ainda salientar que não é aqui encarada a posse como uma condição necessária para que se exerça direito de retenção.

Para fundamentar a sua posição socorre-se este acórdão de outro previamente emitido por este mesmo tribunal no qual se tomou posição em igual sentido, tendo no mesmo ficado assente que “*enquanto o dono da obra não pagar o preço da empreitada, goza o empreiteiro do direito de retenção das chaves do prédio, que aquele devia entregar uma vez concluída a obra, visto tal crédito provir de despesas com aquela feitas e não ser justo que outrem se locuplete à custa do empreiteiro que as realiza*”⁶³. Assim sendo, reflete-se na empreitada um dos principais fundamentos do direito de retenção, impedir que terceiros enriqueçam indevidamente à custa do credor.

Cumpra ainda acrescer que o facto de o empreiteiro não se encontrar no leque de retentores legais previstos no artigo 755.º CC não implica a negação deste direito dado que o mesmo deriva do preceituado no artigo 754.º CC, já que se verifica o requisito do “*debitum cum re conjuuntum*”.

Na mesma corrente de pensamento temos o acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça datado de 10 de maio de 2011**⁶⁴ ao abrigo do qual, cabendo, ao empreiteiro uma obrigação de *facere*, em virtude da relação contratual que instituiu com o dono da obra, tendo o empreiteiro que efetuar desembolsos de modo a realizar a empreitada contratada, poderá reter a coisa caso o dono da obra não pague, como modo de alcançar um equilíbrio. Relativamente à questão de se saber se o caso do empreiteiro cabe ou não na cláusula geral do artigo 754.º CC, entende o acórdão que “*o art. 754.º do CC constitui-se como a norma-regra ou a norma-pressuposto onde o legislador estabeleceu os pressupostos gerais e fundantes do direito de retenção; o art. 755.º do CC constitui-se como a norma especificadora: vale dizer que, para além de qualquer sujeito que reúna as condições ou*

⁶³ Acórdão de 19 de novembro de 1971, in BJM n.º211, pp. 297 e ss.

⁶⁴ Acórdão do STJ, de 10 de maio 2011, processo n.º661/07.0TBVCT-AG1.S1, relator Gabriel Catarino, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a6032b8b7018f3cf80257895004faabf?OpenDocument> [Consult. 5 de nov. 2016].

se encontre na quadro condicionante estatuído no preceito geral, gozam ainda desse direito, de forma específica, aqueles que estão referenciados no art. 755.”⁶⁵

Apoia-se este acórdão na doutrina para fundamentar a sua posição. Segundo Inocêncio Galvão Telles entende-se como direito de retenção a prerrogativa concedida ao credor de reter a coisa enquanto o crédito que da mesma deriva não for pago. Pode o credor manter o objeto em sua posse enquanto não vir a sua pretensão satisfeita, ou seja, enquanto não for pago poderá recusar-se a entregá-lo, este direito poderá ser exercido em face do devedor ou de terceiros. *“É uma garantia, porque visa dar maior consistência prática ao crédito tornando mais viável a sua cobrança. É uma garantia real, porque possui o atributo da realidade sendo invocável contra terceiros. É uma garantia real indireta, porque, olhado a esta luz a sua eficácia não é a de proporcionar o pagamento preferencial em execução forçada: é a de, por uma forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário. O devedor, ou quem quer que porventura se haja tornado entretanto proprietário do objeto, sabe que não pode exigir este senão mediante o simultâneo pagamento de quanto ao retentor é devido; e sente-se assim compelido a efetuar tal pagamento”*.⁶⁶ Daqui pode retirar-se que tem o direito de retenção a função de persuadir o devedor a realizar a sua prestação como modo de ter em sua posse a obra que o empreiteiro haja realizado. No entanto esta não será a única função deste direito. Pode ainda o retentor fazer-se valer da obra e através da mesma extrair a importância necessária para satisfazer o seu crédito. *“Encarado por este ângulo, o ius retentionis apresenta a fisionomia de uma garantia real direta. Pertence à mesma categoria de que fazem de uma garantia real direta. Pertence à mesma categoria de que fazem parte outros direitos assim qualificados, como o penhor e a hipoteca. Como estes, permite ao retentor realizar o seu crédito através do produto da venda do objeto, com prioridade sobre os credores restantes. O retentor é um credor preferencial”*⁶⁷. Acresce ainda que o referido autor fundamenta a sua posição com base no preceituado no artigo 754.º CC, assim terão que ser respeitados os pressupostos previstos neste artigo. Relativamente à necessidade de existir uma conexão entre a coisa e o crédito fica

⁶⁵ Acórdão do STJ, de 10 de maio 2011, processo nº661/07.0TBVCT-AG1.S1, relator Gabriel Catarino, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a6032b8b7018f3cf80257895004faabf?OpenDocument> [Consult. 5 de nov. 2016].

⁶⁶ Telles, Inocêncio Galvão - *“O Direito”*, Anos 106.º-119.º-1974-1987, pp.16-17 in Acórdão do STJ, de 10 de maio 2011, processo nº661/07.0TBVCT-AG1.S1, relator Gabriel Catarino, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a6032b8b7018f3cf80257895004faabf?OpenDocument> [Consult. 5 de nov. 2016].

⁶⁷ Idem ibidem.

entendido que a mesma deriva “*de despesas que o detentor com ela efetuou ou a indemnização de prejuízos que em razão dela sofreu (debitum cum te iunctum)*”⁶⁸.

No mesmo sentido temos o acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça datado de 29 de janeiro de 2014**⁶⁹ à luz do qual, mesmo que a obra não tenha sido acabada, goza o empreiteiro de direito de retenção para pagamento do seu preço, sendo que a este não há que reduzir o valor do lucro, obtido ou a obter. Esta posição baseia-se no facto de que o lucro poderá não estar integrado no preço, ou mesmo porque muitas empreitadas não o têm⁷⁰. Acresce ainda que será muito difícil esclarecer o que é o lucro, mesmo havendo uma diferença entre a importância gasta e a importância recebida, pois há valores que não serão equacionados, tomemos como exemplo o desgaste das máquinas. Importa fazer um parêntesis relativamente à empreitada de construção de coisa móvel, quando os materiais são fornecidos pelo empreiteiro, dado que nesta situação a transferência da propriedade só opera com a aceitação pelo dono da obra, assim ao empreiteiro assiste o direito de propriedade pelo que não poderá recorrer ao direito de retenção. No entanto, excluindo este caso, entende o referido acórdão que assiste ao empreiteiro a faculdade de recorrer ao direito de retenção.

Falta ainda fazer referencia ao DL201/98 de 10-07-1998. No seu preâmbulo encontra-se previsto que o referido diploma serve como modelo para a regulação das questões fundamentais concernentes aos contratos de construção e reparação de navios, ou seja, a regulação de contratos de empreitada. A redação do artigo 25.º do presente diploma diz-nos que “*O construtor goza do direito de retenção sobre o navio para garantia dos créditos emergentes da sua construção*”. Entendendo-se a construção de navios como uma empreitada pode então conceber-se uma interpretação extensiva no sentido de esta prerrogativa se aplicar ao empreiteiro.

Invocando mais um argumento a favor do direito de retenção recorre o acórdão à redação do artigo 1207.ºCC, dando-nos este artigo a definição de empreitada. Pode dai

⁶⁸ Idem ibidem.

⁶⁹ Acórdão do STJ, de 29 de janeiro de 2014, processo nº1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument> [Consult. 5 de novembro de 2016].

⁷⁰ “*Muitas empreitadas dão prejuízo, v.g. ou porque não corresponderam ao que o empreiteiro esperava delas ou mesmo, porque este, querendo impor-se no mercado ou evitar a falência iminente por falta de obras, pode ir intencionalmente para um contrato prejudicial.*” in Acórdão do STJ, de 29 de janeiro de 2014, processo nº1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument> [Consult. 5 de novembro de 2016].

retirar-se que a empreitada conjectura a realização de “*certa obra*”. Posto isto, o empreiteiro embrenha-se mais na obra do que simplesmente no caso de se verificarem despesas “*por causa da coisa*” ou de “*danos por ela causados*”. “*Merece, por aí, maior proteção garantística. Nomeadamente mal se compreenderia que assistisse ao que leva a cabo benfeitorias na coisa este direito e ele fosse recusado ao que a cria.*”⁷¹

Por fim, amparando-se o acórdão na doutrina, e refutando a ideia de que o empreiteiro não detém a posse, refere-nos as palavras de Manuel Rodrigues, segundo o qual se verificam no direito de retenção os dois elementos que definem a posse, o poder de facto sobre um objeto e esse direito exerce-se em proveito do detentor. Já Pedro Romano Martinez afirma que usualmente refere-se que não sendo proprietário da obra apenas tem uma mera detenção e não a sua posse. “*Na realidade, o empreiteiro que exerce o direito de retenção não se torna proprietário da obra por usucapião, mas, nos termos do artigo 1251.º Código Civil, a posse também pode corresponder ao exercício de outros direitos reais, que não o de propriedade.*”⁷² Para finalizar, aplicando-se ao direito de retenção as regras do penhor pode o empreiteiro fazer-se valer de ações possessórias, ainda que contra o dono da obra.

Como demonstração efetiva da sua posição diz-nos o acórdão que “*Acolhemos, assim, aqui também o entendimento, neste sentido, de Galvão Telles e, bem assim, de Ferrer Correia e Sousa Ribeiro.*”⁷³

Respeitando a mesma linha de pensamento, temos o acórdão do **Tribunal da Relação de Évora datado de 12 de janeiro de 2005**⁷⁴ ao abrigo do qual é de admitir ao empreiteiro o recurso ao direito de retenção sobre a obra em execução.

⁷¹Acórdão do STJ, de 29 de janeiro de 2014, processo n°1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument> [Consult. 5 de novembro de 2016].

⁷²MARTINEZ, Pedro Romano – Direito das Obrigações, parte especial (contratos), 2ª ed, p.378 in Acórdão do STJ, de 29 de janeiro de 2014, processo n°1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁷³ Acórdão do STJ, de 29 de janeiro de 2014, processo n°1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1a58c33a3ef806a80257c77004e578b?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁷⁴Acórdão do TRE, de 12 de janeiro 2005, processo n°2154/05-3, relator Mata Ribeiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e26d8f1cb59e121880257de100574841?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

No artigo 754.º CC está estabelecida qual a regra geral para que se verifique a possibilidade de recurso ao direito de retenção. Por sua vez, no artigo seguinte, ou seja, no artigo 755.º CC encontram-se previstos os casos especiais que gozam de direito de retenção, nestes não é obrigatória a detenção de uma coisa geradora de despesas, contrariamente ao que sucede na empreitada em que o empreiteiro para cumprir a sua parte do contrato irá realizar despesas por causa da obra. Assim, o seu caso terá que ser analisado ao abrigo do preceituado no artigo 754.º CC. Importa para esta questão saber que valores integram as despesas feitas por causa da obra na aceção do artigo 754.º CC. Para o acórdão em análise “*está integrado o preço da empreitada, ou seja, os dispêndios que o empreiteiro efetuou com a execução da mesma, neles se englobando o custo dos materiais e utensílios empregados, a retribuição dos serviços prestados e o lucro inerente à obra*”⁷⁵.

Socorre-se este acórdão dos ensinamentos de Inocêncio Galvão Telles, segundo o qual o empreiteiro, por causa da coisa que deverá entregar, realiza despesas, nomeadamente com o pagamento do trabalho, materiais e gastos gerais da empreitada. Pelo que, verifica-se deste modo a conexão necessária para que haja direito de retenção. Já Ferrer Correia e Sousa Ribeiro entendem que quando o legislador estabeleceu na redação do artigo 754.º CC a necessidade de haver uma conexão entre as despesas e a coisa retida “*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*”⁷⁶. Pode daqui extrair-se que o essencial é que haja relação entre as despesas e a coisa, com base no contrato de empreitada e no cumprimento da prestação a que o empreiteiro se obrigou.

“*Assim, é para nós evidente, que o empreiteiro goza do direito de retenção enquanto o dono da obra não pagar o preço da empreitada, ou seja, dos dispêndios que efetuou com a execução da mesma, neles se englobando o custo dos materiais e utensílios empregados, a retribuição dos serviços prestados e o lucro inerente, podendo usar no âmbito desse direito das ações possessórias para defesa da sua posse, como é o caso da*

⁷⁵ Acórdão do TRE, de 12 de janeiro 2005, processo nº2154/05-3, relator Mata Ribeiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e26d8f1cb59e121880257de100574841?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁷⁶ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Sousa Parecer in Col. Jur. 1988,1º, 21 in Acórdão do TRE, de 12 de janeiro 2005, processo nº2154/05-3, relator Mata Ribeiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e26d8f1cb59e121880257de100574841?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

presente providência cautelar”.⁷⁷ Posto isto, para além de poder lançar mão do direito de retenção para satisfação do seu crédito, pode ainda, o empreiteiro, lançar mão de ações possessórias.

Bem como o anterior, também o acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa datado de 19 de maio de 1992**⁷⁸ admite ao empreiteiro a possibilidade de recurso ao direito de retenção. No entanto, assume esta faculdade com muitas mais restrições que os anteriores acórdãos. No contrato de reparação de uma coisa, apesar de o empreiteiro gozar de direito de retenção, apenas se pode fazer valer desta prerrogativa em relação as despesas que haja efetuado e não em relação ao valor total da empreitada, ficando assim excluído o valor do lucro. Fica ainda excluída a possibilidade de recurso a esta faculdade por quem detenha a coisa tendo a mesma sido entregue por quem dela não podia dispor. Para finalizar, o direito de retenção cessa caso o retentor fique “*desapossado da coisa em execução de diligência ordenada judicialmente e não defender a sua detenção por embargos de terceiro*”⁷⁹.

Seguindo a mesma corrente, temos o acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa datado de 16 de julho de 2009**⁸⁰ segundo o qual o direito de retenção é a possibilidade que assiste a alguém de reter uma coisa alheia, que possua, até ser ressarcido do que lhe é devido por causa da respetiva coisa. Estamos assim perante um direito real de garantia. Apesar do disposto no artigo 758.º CC, que nos remete para as disposições do penhor, tem-se admitido ao empreiteiro, no caso de retenção de coisas móveis, fazer-se valer dos meios possessórios caso seja indevidamente desapossado da coisa. Entende-se ainda que da mesma prerrogativa goza o retentor de coisa imóvel, contando que se vejam verificados os pressupostos impostos no artigo 754.º CC. “*Ora, face aos factos indiciariamente dados como provados, nada obsta a que seja provisoriamente reconhecido às requerentes/empreiteiras o direito de retenção sobre a obra/edifícios em*

⁷⁸Acórdão do TRL, de 19 de maio de 1992, processo nº0058921, relator Sousa Inês, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/49b755dce99b3bb3802568030000a0ae?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁷⁹Acórdão do TRL, de 19 de maio de 1992, processo nº0058921, relator Sousa Inês, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/49b755dce99b3bb3802568030000a0ae?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁸⁰ Acórdão do TRL, de 16 de julho de 2009, processo nº1345/08.7TVLSB-D.L1-1, relator Afonso Henrique, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2e0479de5c6edf868025762d00554dfb?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

*causa, nos termos do citado artº754º, do CC, já que foram executados trabalhos acordados e a mais, e que, faturados, não foram pagos no momento devido*⁸¹”

Em igual sentido pronunciou-se o acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa datado de 26 de janeiro de 2012**⁸², segundo o qual entende-se como empreitada o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra à realização de uma obra, mediante o pagamento de um preço (Art.º 1207.º CC). Entendem Pires de Lima e Antunes Varela necessário “*para que haja empreitada é que o contrato tenha por objeto a realização duma obra (a construção de um edifício, de um barco ou de um simples andar, a terraplanagem de uma zona, a abertura de um poço, a dragagem de um porto, etc.) e não um serviço pessoal*”.⁸³ Já Rodrigues Bastos⁸⁴ entende que a palavra obra tanto pode incluir a construção, reparação ou modificação da coisa. Por fim, Pedro Romano Martinez, relativamente à questão de poder a obra ter por objeto apenas coisas corpóreas ou também coisas incorpóreas, entende que é de “*concluir que perante a definição restrita do artº 1207º, o contrato de empreitada poderá ter por objeto a realização de coisas corpóreas, materiais (p. ex., construir uma casa) ou imateriais (p. ex., reparar um automóvel), mas não de coisas incorpóreas, mesmo que materializáveis*”⁸⁵.

O direito de retenção encontra-se previsto no artigo 754.º CC entendendo-se como “*direito conferido ao credor, que se encontra na posse de certa coisa pertencente ao devedor de, não só recusar a entrega dela enquanto o devedor não cumprir, mas também de executar a coisa e se pagar à custa do valor dela, com preferência sobre os demais credores*”.⁸⁶

⁸¹ Acórdão do TRL, de 16 de julho de 2009, processo nº1345/08.7TVLSB-D.L1-1, relator Afonso Henrique, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2e0479de5c6edf868025762d00554dfb?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁸² Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸³ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed. 1997, p.864 in Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸⁴ BASTOS, Rodrigues – *Notas ao Código Civil*, Vol IV, 1995. P.308 in Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – *Contrato de Empreitada*, 1994, p. 102 in Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸⁶ VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em Geral*, Vol. II, 6ª ed., pp.572 e 573 in Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em

Como nos diz Salvador da Costa “*é pressuposto da existência deste direito real de garantia que o titular do direito à entrega da coisa seja sujeito passivo da relação creditícia cujo credor é obrigado à entrega da coisa, e que o crédito deste seja conexo com a referida coisa em termos de resultar de despesas com ela realizadas sobre prejuízos por ela causados*”.⁸⁷ Pode daqui extrair-se que para que haja direito de retenção é condição obrigatória que se verifique um nexo entre o crédito e a obra, sendo que este tem que nascer de despesas com ela efetuados ou de danos por ela causados, bem como “*o titular do direito à entrega da coisa seja sujeito passivo da relação creditícia cujo credor é obrigado à entrega da coisa*”.⁸⁸ Posto isto, o direito de retenção permite ao obrigado a entregar certa coisa não o fazer até que veja o seu crédito inteiramente satisfeito, mantendo assim em seu poder a coisa que deveria entregar.

No artigo 755.º CC encontram-se previstos os casos especiais que gozam de direito de retenção, não se vendo que o empreiteiro integre esta previsão, tem-se vindo a admitir que o mesmo possa recorrer a esta prerrogativa com base na cláusula geral do artigo 754.º CC, relativo aos custos da empreitada. “*Em suma, a ré empreiteira poderia gozar legitimamente do direito de retenção relativamente ao seu direito de crédito mas tão-somente referente ao preço da obra consistente na transformação do pescado e incidindo essa retenção só sobre esse pescado já transformado*”⁸⁹ Não obstante, não ser aplicável ao caso em concreto, defende este acórdão a possibilidade de recurso, pelo empreiteiro, ao direito de retenção para satisfação do seu crédito.

Ainda em sentido favorável pronunciou-se o acórdão do **Tribunal da Relação do Porto datado de 4 de junho de 2012**⁹⁰ assumindo o mesmo como possível o recurso, pelo empreiteiro, ao direito de retenção face ao não pagamento, pelo dono da obra, do

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸⁷ COSTA, Salvador da in Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸⁸ Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁸⁹ Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f52ffaafbcfb59d388025799f004ebf09?OpenDocument> [Consult. 5 nov.2016].

⁹⁰ Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo nº184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/39c7eb0d8c72067a80257a21002cc4ff?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

preço desta. Entendeu que o direito de retenção é um direito real de garantia que permite ao empreiteiro manter-se na posse da coisa, não a entregando a quem de direito em virtude da sua falta de pagamento. Verificando-se a exigência de conexão entre o crédito do retentor e as despesas com a coisa ou danos por esta causados, este não será um direito de carácter geral. Assim, em função da obra realizada fica o empreiteiro obrigado a entregar a coisa, emergindo o seu crédito do preço das despesas que haja realizado.

Antes de mais, para que haja direito de retenção nos termos previstos no artigo 754.º CC é necessário que se verifiquem os pressupostos aí elencados, assim sendo, “*é necessário, em primeiro lugar, que o respetivo titular detenha (licitamente: cfr. artigo 756.º, alínea a)) uma coisa que deva entregar a outrem; em segundo lugar, que, simultaneamente, seja credor daquele a quem deve a restituição; por último, que entre os dois créditos haja uma relação de conexão (debitum cum re junctum), nas condições definidas naquele artigo – despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados*”.⁹¹

Sabendo da divergência de opiniões que há na doutrina relativamente a esta questão, e como meio de mais facilmente analisar a problemática, escortinou o acórdão ambas as posições. Posto isto, defendendo que não há lugar a direito de retenção por parte do empreiteiro temos a posição de Pires de Lima e Antunes Varela, segundo os quais o direito de retenção será exclusivamente aplicado aos casos previstos na lei. Não integrando o empreiteiro nenhuma das situações enumeradas pela redação do artigo 755.º CC seríamos remetidos para a clausula geral do artigo 754.º CC. No entanto, no entendimento destes dois autores também não integrará o empreiteiro esta norma, dado que a mesma exige que o crédito do retentor resulte de despesas feitas com a coisa ou danos por ela causados e o crédito do empreiteiro resulta do preço da obra. No entanto, o preço da obra e as despesas feitas com a coisa e os danos por ela causados são coisas díspares. Logo, “*não há perfeita analogia entre estes núcleos de situações, no aspeto que interessa à concessão (de jure constituendo) do direito de retenção*”.⁹²No entanto, não

⁹¹ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*, Vol I, p.773 in Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo nº184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/39c7eb0d8c72067a80257a21002cc4ff?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁹² Idem ibidem pp.875 e 876 in Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo nº184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/39c7eb0d8c72067a80257a21002cc4ff?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

tem sido este o entendimento acolhido pelo Tribunal da Relação do Porto, nem pela maioria da doutrina. Entendem que o empreiteiro em virtude da obra realizada fica vinculado à entrega de uma coisa, derivando o seu crédito de despesas feitas por causa dessa coisa. Neste sentido, Ferrer Correia e Sousa Ribeiro entendem que sendo a obrigação do empreiteiro composta por duas prestações, interligadas, mas autónomas, a prestação de facto e a prestação de coisa, o direito de retenção só poderá ser exercido relativamente à obrigação de entregar a coisa, contando que se vejam cumpridos os requisitos do artigo 754.º CC. No caso da empreitada a verificação destes requisitos é irrefutável uma vez que o empreiteiro teve gastos com a realização da obra. “*A situação corresponde inteiramente à primeira variante de conexão material prevista naquele artigo – crédito resultante de despesas feitas por causa da coisa – pelo que o empreiteiro pode recusar-se a entregar a obra, retendo-a em garantia do pagamento dessas despesas.*”⁹³

Já Galvão Teles, como refere o acórdão, acrescenta que o direito do empreiteiro encontra fundamento na cláusula geral do artigo 754.º CC, uma vez que o seu crédito deriva de despesas feitas com a coisa e de danos por ela causados. “*Não faria, aliás, sentido que se reconhecesse direito de retenção a quem se limita a realizar dispêndios para conservar ou melhorar coisa já existente e se negasse tal direito a quem realiza gastos, em princípio muito mais elevados, para a criar, tutelando-se as meras despesas de benfeitorização e negando-se proteção às de construção ou fabrico, decisivas para o desenvolvimento do país e por conseguinte com muito maior relevância económica e social.*”⁹⁴ Posto isto, seria desvalorizar a posição do empreiteiro em relação aos sujeitos previstos no artigo 755.º CC admitindo-se o seu recurso ao direito de retenção e negando-o ao empreiteiro, tendo em vista a importância da sua atividade.

⁹³ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim de Sousa – CJ, Ano XIII, Tomo I, p.19 in Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo nº184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/39c7eb0d8c72067a80257a21002cc4ff?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁹⁴ TELLES, Galvão – *Direito de Retenção no Contrato de Empreitada*, em O Direito, 106º-119º, 1974/1987 in Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo nº184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/39c7eb0d8c72067a80257a21002cc4ff?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

Para finalizar, ficou bem claro neste acórdão a posição sobre o direito de retenção do empreiteiro. Pois, pode ler-se o seguinte: “*Por conseguinte, o réu, na qualidade de empreiteiro, face ao não pagamento do preço pelo autor, goza do direito de retenção*”⁹⁵.

Por ultimo, ainda seguido esta corrente de pensamento, temos o acórdão do **Tribunal da Relação do Porto datado de 16 de setembro de 2013**⁹⁶ afirmando o mesmo que o empreiteiro, ao abrigo do artigo 754.º CC, goza de direito de retenção sobre a obra construída, enquanto não vir satisfeito o seu crédito. O direito de retenção é um direito real de garantia que prevalece sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido previamente registada.

O artigo 754.ºCC indica-nos quando existe direito de retenção e quais os requisitos que tem que se verificar para que haja lugar ao mesmo. Assim, além da função de garantia o direito de retenção tem uma função coercitiva, persuadindo o devedor a pagar as despesas realizadas por causa da coisa ou dos danos por ela causados. “*Torna-se assim possível definir o direito de retenção, com a necessária segurança, como o direito conferido ao credor, que se encontra na posse de certa coisa pertencente ao devedor de, não só recusar a entrega dela enquanto o devedor não cumprir, mas também, de executar a coisa e se pagar à custa do valor dela, com preferência sobre os demais credores.*”⁹⁷

Excepcionalmente, desde que não ocorra nenhuma das situações que conduza à perda do benefício do prazo e não dependa da liquidez do crédito do seu titular, pode o direito de retenção ser exercido antes do vencimento da obrigação, como aludem os n.º 1 e 2 do artigo 757.º do CC.

Relativamente à questão de saber se o conceito de preço e despesas coincide para efeitos do artigo 754.ºCC, contraria João Calvão da Silva o acórdão de 5 de junho de 1984, na “Coletânea de Jurisprudência”, ano IX, tomo 3, p. 138 no qual é dito que “*em parte alguma o preço é confundido com despesas (...) o preço da obra realizada por*

⁹⁵ Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo n.º184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/39c7eb0d8c72067a80257a21002cc4ff?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁹⁶ Acórdão do TRP, de 16 de setembro de 2013, processo n.º127/11.3TYVNG-B.P1, relator Carlos Querido, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/92b652a696b90b6e80257bf7004d95b7?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁹⁷ Acórdão do TRP, de 16 de setembro de 2013, processo n.º127/11.3TYVNG-B.P1, relator Carlos Querido, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/92b652a696b90b6e80257bf7004d95b7?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

empreiteiro não gera direito de retenção”⁹⁸tendo este acórdão um ponto de vista semelhante ao autor. O preço deriva de despesas realizadas com a obra, uma vez que a obra é, nada mais que o produto da incorporação dos materiais no solo, feita pelo empreiteiro. Posto isto, quando os materiais são fornecidos pelo empreiteiro, bem como os utensílios, a retribuição dos serviços são despesas feitas com a coisa e por ela causadas. Assim sendo, não há motivo para se negar ao empreiteiro o recurso a esta prerrogativa, uma vez que o seu crédito resulta de despesas feitas com a coisa. Inclui ainda o lucro no valor relativamente ao qual se pode exercer a retenção, justificando a sua posição no facto de ser difícil calcular onde termina a retribuição pelas despesas e onde inicia o valor do lucro⁹⁹. Importa ainda fazer uma análise da letra da lei, esta fala-nos em “*despesas feitas por causa da coisa*” e não exclusivamente no crédito das despesas, assim, o próprio lucro terá a sua génese nas despesas feitas com a coisa.

3.3.2 – Negação do Direito de Retenção

Assim como na doutrina, também na jurisprudência as posições defendidas são discordantes. Posto isto, após dissecados acórdãos que defendiam uma posição favorável á atribuição do direito de retenção a favor do empreiteiro, iremos analisar a posição inversa. Mesmo sendo uma gritante minoria, há acórdãos que defendem que não é defensável a aplicação do direito de retenção no caso do empreiteiro.

Neste sentido pronunciou-se o acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa datado de 5 de junho de 1984**¹⁰⁰ segundo o qual não é de conferir direito de retenção a quem não detenha a coisa, bem como o crédito do empreiteiro, resultante do preço da obra, não é bastante para gerar direito de retenção. Por fim, entendendo o acórdão que as despesas realizadas pelo empreiteiro pré-existem ao prédio, pelo que delas não resulta a possibilidade de recurso ao direito de retenção, estas despesas não se reportam à preservação ou melhoramento do solo.

⁹⁸ SILVA, João Calvão da - *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Dissertação ... Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, pág. 342 e 343 in Acórdão do TRP, de 16 de setembro de 2013, processo nº127/11.3TYVNG-B.P1, relator Carlos Querido, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/92b652a696b90b6e80257bf7004d95b7?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

⁹⁹ “*Pense-se no caso de conserto e reparação de um automóvel numa oficina, em que a conta apresentada normalmente discrimina o custo das peças e do material empregado e o preço da mão de obra, tout court.*” Acórdão do TRP, de 16 de setembro de 2013, processo nº127/11.3TYVNG-B.P1, relator Carlos Querido, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/92b652a696b90b6e80257bf7004d95b7?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

¹⁰⁰ Acórdão do TRL, de 5 de junho de 1984, processo nº0002248, relator José Saraiva, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/1cf6b7073069ea84802568030003e96b?OpenDocument> [Consult. 5 nov. 2016].

Recebe este acórdão críticas de Inocêncio Galvão Telles. Segundo o autor, o preço da empreitada tem como fundo as despesas que o empreiteiro realiza. “*Constituiria puro formalismo ou conceitualismo jogar com as palavras «preço» e «despesas» num caso em que o preço se traduz fundamentalmente em despesas.*”¹⁰¹ Assim trata-se de um mero preciosismo distinguir estas noções quando, fundamentalmente, ambos reportam para um mesmo conceito. Conceito este que irá acrescentar valor à coisa, valor que poderá ser bastante elevado.

Relativamente ao argumento invocado referente ao solo cairá por terra à luz do ponto de vista de Inocêncio Galvão Telles, pois este entende que sendo alguém possuidor de determinado solo e sendo nele edificada uma construção, estes dois elementos constituem um todo, assim sendo, os direitos reais que recaiam sobre a construção irão também fazer-se sentir no solo, como é o caso do direito de retenção.

“*Quem retém um prédio urbano retém igualmente (é obvio) o solo respetivo, que dele faz parte. Tem direito a essa retenção ainda que os dispêndios efetuados não respeitem ao terreno.*”¹⁰² Tomemos como exemplo o arrendatário de um prédio urbano. Quando este efetue benfeitorias insuscetíveis de serem levantadas (conserto de telhado) pode, ao abrigo do preceituados nos artigos 1246.º e 1273.º CC, exigir ao senhorio o valor das mesmas. Enquanto o senhorio não satisfizer esse crédito é de conferir ao arrendatário o direito de reter o imóvel, incluindo a retenção sobre o solo em que o imóvel se encontra implementado.

Quanto às despesas, entende o acórdão que as despesas previstas no artigo 754.º CC serão despesas efetuadas apenas depois de a coisa existir, despesas feitas tendo em vista o seu melhoramento e não a sua existência.

Tendo este artigo um vasto alcance, ambas as situações caberão na sua previsão, pois ambas serão efetuadas por causa da coisa. “*As benfeitorias são feitas por causa da coisa porque são feitas com a finalidade de a conservar ou melhorar; as despesas de construção ou fabrico são feitas com a finalidade de a criar.*”¹⁰³ Se o legislador pretendesse incluir apenas as despesas feitas com o melhoramento da coisa teria redigido

¹⁰¹ TELLES, Inocêncio Galvão - *O Direito*. Anos 106º- 119º, p. 30.

¹⁰² *Idem ibidem* p. 31.

¹⁰³ *Idem ibidem*.

o artigo de maneira mais restrita, fazendo referência às benfeitorias e não usando uma expressão com tão vasto alcance.

Uma interpretação tão redutora da norma poderia conduzir a uma situação de iniquidade. Suponhamos que o arrendatário encomenda um trabalho ao empreiteiro no prédio por si arrendado, e aquando do término da obra recusa o seu pagamento. Não sendo conferido direito de retenção ao empreiteiro este terá que entregar a obra, mesmo nesta condição de falta de pagamento. Posto isto, o empreiteiro não poderá exercer direito de retenção para ver o seu crédito satisfeito, no entanto, o arrendatário pode exercer direito de retenção sobre o prédio contra o senhorio para pagamento das despesas que este teria.

Por ultimo, retira valor ao argumento do contributo deste direito para a crise na construção.

Sendo o argumento que, quem encomenda uma empreitada de obra imóvel geralmente recorre ao crédito bancário, constituindo a entidade bancária uma hipoteca sobre o referido imóvel como meio de salvaguardar a sua posição. Ora, atribuindo-se direito de retenção ao empreiteiro a sua garantia prevalece sobre a garantia bancária, obrigando-a a munir-se de especiais prudências. Essas prudências são bastante simples de ter, basta que aquando da concessão do crédito estipulem uma forma de garantir que o valor se destina efetivamente ao pagamento da obra¹⁰⁴. O que não se pode admitir é que uma instituição bancária empreste dinheiro com um objetivo e não verifique se efetivamente é aplicado com esse fim.

Encontra-se assim solução para acautelar os direitos bancários. O que não acontecerá quanto aos direitos do empreiteiro se a este for negado o recurso ao direito de retenção, ficando assim sem qualquer garantia que verá o seu crédito satisfeito achando-se deste modo desprovido do investimento que haja feito, sendo este de valores, geralmente, elevados. “*Isso, sim, contribuirá para a crise da construção civil.*”¹⁰⁵

Ainda nesta corrente de pensamento temos o acórdão do **Supremo Tribunal Administrativo datado de 21 de outubro de 2004**¹⁰⁶, segundo o qual não será de admitir ao empreiteiro o recurso ao direito de retenção com base no plasmado no artigo 754.ºCC, dado que as despesas por si efetuadas não o são por causa da coisa que pretende reter.

¹⁰⁴ Pode, por exemplo, entregar diretamente o dinheiro ao empreiteiro.

¹⁰⁵ TELLES, Inocência Galvão - *O Direito*. Anos 106º- 119º, p. 33.

¹⁰⁶ Acórdão do STA, de 21 de outubro de 2004, processo nº01750/03, relator Freitas Carvalho, consultado em www.dgsi.pt a 23-11-2016.

Assim, não estaríamos perante a salvaguarda de um direito legítimo para efeitos do artigo 46.º, n.º1 RSTA.

A previsão deste direito no artigo 754.ºCC faz “*depende o direito de retenção do facto de o crédito invocado resultar de despesas efetuadas por causa da coisa retida ou de danos por ela causados.*”¹⁰⁷ No entanto, entende o acórdão que as despesas que o empreiteiro realizou são feitas com a edificação da empreitada e não despesas feitas por causa da coisa, como impõe a redação do supracitado artigo. Assim, não se enquadrando as despesas do empreiteiro nas despesas conjeturadas pela redação do artigo 754.ºCC será de negar ao empreiteiro o recurso ao direito de retenção para “*garantia do crédito resultante das despesas com a execução da obra que executou.*”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Acórdão do STA, de 21 de outubro de 2004, processo n.º01750/03, relator Freitas Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8dd72b15342391db80256f41003935df?OpenDocument> [Consult. 23 nov. 2016].

¹⁰⁸ Acórdão do STA, de 21 de outubro de 2004, processo n.º01750/03, relator Freitas Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/8dd72b15342391db80256f41003935df?OpenDocument> [Consult. 23 nov. 2016].

Conclusão

O direito de retenção encontra-se previsto no nosso ordenamento jurídico no artigo 754.ºCC, segundo o qual este direito permite ao credor recusar, licitamente, a entrega de algo que estava obrigado a entregar, enquanto não vir o seu crédito satisfeito. Contudo, o crédito tem que resultar de despesas feitas com a coisa ou de danos por ela causados.

No artigo 755.ºCC encontram-se elencados os casos especiais de direito de retenção, ou seja, são entidades que gozam de direito de retenção, independentemente de respeitarem os pressupostos exigidos no artigo 754.ºCC.

Posto isto, são pressupostos do direito de retenção:

- Detenção lícita da coisa;
- Obrigação de a entregar;
- O detentor ser, simultaneamente; credor da pessoa a quem deva entregar a coisa;
- Conexão entre o crédito do detentor e a coisa detida, resultante de despesas feitas com a coisa ou danos por ela causados.

Os três primeiros pressupostos não levantam grandes dificuldades. No entanto, o último é gerador de grande controvérsia o que leva a alimentar duas correntes de pensamento antagónicas. Uma defende a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro. Por sua vez, a outra entende que na empreitada não cabe lugar à verificação destes pressupostos, pelo que não será de admitir o recurso a esta prerrogativa pelo empreiteiro.

Posto isto, aceitamos ser de admitir ao empreiteiro a possibilidade de recorrer ao direito de retenção para garantia do pagamento do preço, nos termos previstos no artigo 754.ºCC, independentemente de não constar das hipóteses elencadas no artigo 755.ºCC. Entendemos que esta garantia integra a totalidade do preço, não havendo motivo para separar os gastos efetivos que o empreiteiro realizou do lucro, visto que dificilmente se calculam esses valores com rigor. Havendo mesmo empreitadas que não dão lucro. Não haverá, contudo, lugar a direito de retenção para garantia do pagamento de indemnizações, uma vez que não cabe dentro dos pressupostos do artigo 754.ºCC, nem será situação idêntica que mereça aplicação analógica.

O direito de retenção poderá ser exercido sobre bem que se encontra na propriedade do dono da obra ou de terceiro, acompanhando o bem nas suas transmissões.

Caso contrario, facilmente o devedor se livraria deste ónus, bastando que para tal fizesse uma venda simulada, transmitindo-se assim a propriedade para terceiros e ficando o retentor esvaziado da sua garantia.

Não haverá qualquer imposição de a obra pré-existir as despesas, na medida em que na empreitada de construção também haverá possibilidade de recurso ao direito de retenção pelo empreiteiro.

O direito de retenção tem ainda como função impedir que o devedor e restantes credores se locupletem injustamente à custa do empreiteiro.

Esta prerrogativa é oponível *erga omnes*, pois, independentemente de não se encontrar sujeito a registo a sua publicidade deriva do facto de a posse se não se encontrar com o proprietário.

Caso estejamos numa empreitada mobiliária, com os materiais total ou parcialmente fornecidos pelo empreiteiro este não poderá recorrer ao direito de retenção dado que lhe assiste um direito mais profundo, a propriedade.

Importa ainda que no artigo 25.º DL 201/98 é atribuído ao construtor do navio, sendo este um empreiteiro, a possibilidade de recurso ao direito de retenção em caso de incumprimento, pelo que, também será de admitir ao empreiteiro.

De frisar que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ao abrigo no nº2 do artigo 759.ºCC. Havendo quem defenda a inconstitucionalidade desta norma por violação de alguns princípios, entendemos que deve haver proteção de um credor menor face a um credor hipotecário. Assim, aceitamos esta norma na medida em que o crédito do empreiteiro será um valor residual em comparação ao crédito do credor hipotecário, pelo que, não lhe sendo atribuída esta prerrogativa poderia nunca ver o seu crédito satisfeito. A força do seu trabalho aproveita ao credor hipotecário, uma vez que acrescenta valor à coisa, deste modo se não fosse o seu trabalho o credor hipotecário poderia não ver o seu crédito satisfeito. Na empreitada de construção a garantia do empreiteiro é maior que a do credor hipotecário uma vez que o dono da obra pediu um empréstimo para lhe pagar, enquanto a garantia do credor hipotecário depende de uma construção futura. Por fim, pode o credor hipotecário fazer-se valer de outras garantias para ter a certeza que o valor foi usado com os fins pretendidos, nomeadamente, pode fazer o pagamento diretamente

ao empreiteiro, garantindo assim que este não iá exercer direito de retenção sobre a sua garantia para pagamento do preço, pois já estará paga.

“A atribuição, ao empreiteiro, de um direito de retenção sobre obra realizada, como forma de reação e coerção em face do não pagamento do preço pelo dono da obra e, em última análise, como meio de garantir esse mesmo pagamento é praticamente pacífica. Efetivamente, são maioritárias a doutrina e a jurisprudência que se inclinam por aquela atribuição. A verdade é que, sendo embora pacífica, a solução não reúne consenso: de um promontório quase ermo, autores há que negam aquela possibilidade.”¹⁰⁹

Posto isto, entendemos que, a bem de evitar litígios, seria vantajosa uma alteração legislativa que incluísse a empreitada na lista de retentores legais prevista no artigo 755.ºCC ou que aclarasse o alcance dos pressupostos previstos no artigo 754.ºCC.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, José Miguel Neves “Direito de Retenção a Favor do Empreiteiro – do silêncio legislativo permissivo à negação intencional. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2008”. Disponível em <http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTGAAEMTU7Wy1KLizPw827DM9NS8kIQAEvk-QCAAAA=WKE>. [Consult. 05 nov. 2016].

Bibliografia

- DIAS, Fátima – *O Contrato de Empreitada. O Regime das Alterações ao Plano Convencionado*. Lisboa: Faculdade de Direito de Universidade Nova de Lisboa, 2009. Mestrado em Direito.
- FRANÇA, Miguel Ângelo – *Direito de Retenção. (Algumas das) suas Implicações na Ação Executiva*. Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto: Universidade Portucalense. Nº11 (Out 2003).
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “*Garantia das Obrigações*”. 4ª ed. Almedina, 2012.
- MADALENO, Cláudia - *A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8.
- MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos*. 2ªed. Almedina, 2001, ISBN 9789724015477.
- NETO, Abílio – *Código Civil Anotado*. 19ª ed. Edifirum: 2016 ISBN 9789898438140.
- PEREIRA, Pedro Miguel da Costa – *Natureza Jurídica do Contrato de Empreitada. Contributo para uma Mudança de Paradigma*. Porto: Universidade Católica do Porto, 2014. Mestrado em Direito Privado.
- RIVITTI, Maria Rita – *A Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014. Mestrado em Direito Forense
- ROBALO, Ana Maria dos Santos Batista – *O Direito de Retenção*.
- SERRA, Vaz – *Direito de Retenção*, n.º 10, n.º12, alínea c), e n.º34 (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).
- SILVA, João Calvão da – *Cumprimento e sanção Pecuniária Compulsória*. 4ª ed. Almedina, 2002. ISBN 9789724017273.
- TELLES, Inocêncio Galvão - *O Direito*. Anos 106º- 119º, p. 15.
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em Geral*. 10ª ed. Almedina, 2000. ISBN 9789724013893.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – *Direito das Garantias*. 2ª ed. Almedina, 2013. ISBN 9789724050928.

Jurisprudência:

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do STJ, de 4 de outubro de 2005, Processo 05A2158, relator Alves Velho,
- Acórdão do STJ de 29 janeiro 2014, proferido no Proc.º n.º1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo.
- Acórdão do STJ, de 10 de maio 2011, processo nº661/07.0TBVCT-AG1.S1, relator Gabriel Catarino.
- Acórdão do STJ, de 29 de janeiro de 2014, processo nº1407/09.3TBAMT.E1.S1, relator João Bernardo.

Tribunal da Relação de Évora

- Acórdão do TRE, de 12 de janeiro 2005, processo nº2154/05-3, relator Mata Ribeiro.

Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão do TRL, de 19 de maio de 1992, processo nº0058921, relator Sousa Inês.
- Acórdão do TRL, de 16 de julho de 2009, processo nº1345/08.7TVLSB-D.L1-1, relator Afonso Henrique.
- Acórdão do TRL, de 26 de janeiro de 2012, processo nº350371/09.7YIPRT.L1-8, relator Maria Amélia Ameixoeira.

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2012, processo nº184/04.9TBALJ.P2, relator Augusto de Carvalho.
- Acórdão do TRP, de 16 de setembro de 2013, processo nº127/11.3TYVNG-B.P1, relator Carlos Querido.

Webgrafia:

- ROCHA, António Soares da (2012) - Contrato de Empreitada. [Consult. 20 set. 2015]. Disponível em <http://antoniosoaresha.com/direito/contrato-de-empreitada>.
- FIGUEIREDO, José Miguel Neves “Direito de retenção a Favor do Empreiteiro – do silêncio legislativo permissivo à negação intencional. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2008”. JusJornal. Coimbra: Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nº887 (12 de novembro de

209), ed. Wolters Kluwer Portugal, disponível em <http://jusnet.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTGAAEMTU7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAevk-QCAAAAA=WKE>