

DESAFIOS DO DIREITO DE RETENÇÃO NUMA PERSPETIVA DE DIREITO COMPARADO

Challenges of the right of retention from a comparative law perspective

Carlos Manuel Rodrigues Carneiro¹

Universidade de Salamanca

DOI: <https://doi.org/10.62140/CMRC1892024>

Sumário: 1. Introdução; 2. Caracterização do regime do direito de retenção português; 3. A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca; 4. Triangulação dos sujeitos da relação jurídica; 5. Do Sistema Clássico Francês ao Sistema Germânico; 5.1 Ordenamento jurídico francês; 5.2 Ordenamento jurídico espanhol; 5.3 Ordenamento jurídico italiano; 5.4 Ordenamento jurídico alemão; 5.5 Ordenamento jurídico anglo-saxónico; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo de investigação tem o objetivo geral de analisar o regime jurídico do direito de retenção, numa perspetiva de direito comparado, com a finalidade de propor uma visão renovada deste instituto legal. Já no âmbito de um objetivo específico pretende-se analisar a premissa normativa do ordenamento jurídico português que estabelece que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta se encontre, anteriormente, registada. A formulação do problema parte deste pressuposto para, posteriormente, enunciar as visões normativas de outras ordens jurídicas, em particular o sistema francês, espanhol, italiano, germânico e britânico. O instituto do direito de retenção começa por ser adotado no sistema germânico e francês, como uma forma de proteger o crédito face às dinâmicas e exigência de um, cada vez maior, envolvimento, de vários, agentes no mercado económico. Os procedimentos metodológicos desta investigação começam por analisar os diferentes quadros jurídicos transnacionais, para depois equacionar o problema que deriva da aplicação do regime em Portugal. Para tal, faz-se uso da interpretação das várias ordens normativas, mas recorre-se, igualmente, à revisão de literatura que dá nota dos aspetos mais críticos da sistematização ou dispersão do regime do direito de retenção. Por outro lado, recorre-se ao estudo casuístico de situações que permitem evidenciar os desequilíbrios de aplicação do regime sob o ponto de vista comparativo, em resultado das disparidades e incongruências que o mesmo tem aportado aos sujeitos da relação jurídica, em particular ao credor hipotecário, quando em confronto com o promitente-comprador. Pensa-se, que esta opção metodológica, de análise qualitativa dos diferentes quadros jurídicos, da revisão de literatura e dos casos concretos, permitem a identificação dos principais problemas de aplicação do regime do direito de retenção no direito português. Uma perspetiva transnacional de aplicação do direito privado, aporta a potencialidade de equacionar novos raciocínios teóricos e práticos, sobre casos concretos, num quadro onde o direito de retenção nem sempre surge sistematizado da mesma forma.

¹ Doutorando na Universidade de Salamanca – Dep.to de Administracion, hacienda y justicia en el Estado Social. Administrador Executivo do Conselho de Administração, da Caixa de Crédito Agrícola Mútuo do Alto Douro, CRL. E-mail: carloscarneiro-10152p@oa.pt; cmrcarneiro@creditoagricola.pt

Palavras-chave: Direito de Retenção; Direito Comparado; Hipoteca.

Abstract: The general aim of this research article is to analyse the legal regime of the right of retention, from a comparative law perspective, with the aim of proposing a renewed vision of this legal institute. As part of a specific objective, the aim is to analyse the normative premise of the Portuguese legal system which establishes that the right of retention prevails over the mortgage, even if the latter is previously registered. The formulation of the problem is based on this assumption in order to then analyse the normative views of other legal systems, in particular the, French, Spanish, Italian, Germanic and British systems. The right of retention was first adopted in the German and French systems as a way of protecting credit in the face of the dynamics and demands of the ever-increasing involvement of various agents in the economic market. The methodological procedures of this research begin by analysing the different transnational legal frameworks, and then consider the problem arising from the application of the regime in Portugal. This is done by interpreting the various legal systems, but also by reviewing the literature, which highlights the most critical aspects of the systematisation or dispersion of the right of retention system. On the other hand, a case-by-case study of situations is used to highlight the imbalances in the application of the regime from a comparative point of view, as a result of the disparities and inconsistencies that it has brought to the subjects of the legal relationship, in particular the mortgage creditor, when compared to the promissory purchaser. It is thought that this methodological option, of qualitatively analysing the different legal frameworks, the literature review and the concrete cases, allows for the identification of the main problems in the application of the right of retention regime in Portuguese law. A transnational perspective on the application of private law has the potential to provide new theoretical and practical reasoning on concrete cases, in a context where the right of retention is not always systematised in the same way.

Keywords: Right of Retention; Comparative law; Mortgage.

Introdução

O estudo a que nos dedicaremos neste artigo, pretende aflorar os desafios com que o direito de retenção se depara. Para o efeito, começaremos por caracterizar o direito de retenção no ordenamento jurídico português atual, sem deixar de fazer uma abordagem, ao funcionamento do regime antes e após as reformas ocorridas na década de 80, que vieram agravar os desequilíbrios que estamos convocados a corrigir.

Com o intuito de melhor compreender as necessidades de intervenção que aqui trazemos, faremos uma abordagem à prevalência que o direito de retenção assume sobre a hipoteca no sistema jurídico português, que se acentuaram com as já referidas alterações legislativas ocorridas em 1980 e 1986 que como afirmou LOYLA E SAPUILE², vieram constituir uma verdadeira providência concedida ao beneficiário da promessa com contrato, com tradição da coisa, em especial quando estiverem em causa coisas imóveis e que por essa

² Cfr. LOYLA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro. *Almedina*, Coimbra, 2007, p.123.

razão não deixaram de receber um coro de críticas ao longo dos anos, uma vez que o legislador não era alheio às consequências que estas alterações implicariam para as Instituições Bancárias, enquanto entidades financiadoras da maioria dos projetos imobiliários e da aquisição de habitações.

Por sua vez, abordaremos, o problema que deriva da aplicação do regime e que se coloca em relação ao triângulo jurídico que surge entre o promitente-comprador, o promitente-vendedor e o credor hipotecário. De facto, o regime tem sido interpretado no sentido de conferir uma proteção, com especial desvelo, ao promitente-comprador, o que, em muitos casos, tem levado a que o credor hipotecário sofra prejuízos avultados em virtude da perda do seu crédito. A interpretação do preceito normativo do direito de retenção não tem sido consensual e tem suscitado agitação no seio da doutrina e da jurisprudência o que justifica uma análise transversal de outros “direitos” por forma a considerar diferentes dimensões da argumentação jurídica, para a partir daí procurar contributos que permitam encontrar soluções interpretativas e normativas capazes de responder aos desafios que o regime enfrenta.

Caracterização do regime do direito de retenção português

O regime do direito de retenção encontra-se regulado no atual Código Civil, no capítulo destinado às “garantias especiais das obrigações” e está previsto entre os artigos 754.º e 761.º. Do elemento literal, do artigo 745.º retira-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”. Neste sentido, GOMES³ declara que o direito de retenção trata da “faculdade de o devedor da obrigação de restituição de uma coisa a reter, e não cumprir legitimamente essa obrigação, enquanto o credor dessa restituição não cumprir, por seu turno, uma obrigação que tenha para com aquele”. Já PIÇARRA⁴ acrescenta que o direito de retenção assume a “finalidade peculiar” de ser uma figura semelhante à exceção de não cumprimento ao mesmo tempo que funciona como um instrumento primário de autotutela do crédito.

³ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*. Vol. Coleção Teses. Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p.4.

⁴ Cfr. PIÇARRA, Mariana Coimbra. *O Direito de Retenção do Promitente-Comprador: Algumas Reflexões*, Revista Julgar, 2018, p.17.

A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca

No sistema jurídico português, os efeitos do direito de retenção encontram uma clara separação antes e após 1980, ano da primeira revisão do regime. Porquanto apesar de antes de 1980, o direito de retenção já prevalecer sobre a hipoteca, esta enquanto “(...) rainha das garantias especiais das obrigações – depois dos privilégios imobiliários especiais – reinava de modo soberano e incontestável” (LOYA E SAPUILE⁵) na medida em que os créditos que habitualmente conferiam direito de retenção sobre os imóveis representavam uma pequena quantia face ao valor da coisa, e como tal, refere o mesmo Autor “(...) bem longe de esvaziar os créditos garantidos pela coisa hipotecada.” O mesmo já não se verificou, com a entrada em vigor do diploma de 1980, e com as alterações que o mesmo introduziu ao regime, em que após esta data, o crédito do titular do direito de retenção, em caso de incumprimento do contrato-promessa de compra e venda, passou a ser igual ao valor da coisa. Com esta alteração “o legislador – como escreve Menezes Cordeiro – fez tremer a hipoteca nos seus alicerces” (LOYA E SAPUILE⁶) e o que é certo é que ganhou a dimensão que, entretanto, se conhece e se discute e não mais ganhou equilíbrio.

Podemos afirmar que os efeitos subjacentes às reformas de 1980 e 1986, “constituem uma verdadeira providência concedida ao beneficiário da promessa de contrato, com tradição da coisa, e de modo especial, quando estiverem em causa coisas imóveis, porque o crédito resultante do não cumprimento definitivo imputável ao promitente faltoso reporta-se a um crédito próximo do valor da coisa retida.” (LOYA E SAPUILE⁷). Se é certo que o legislador de 1980, quis acudir às situações de injustiça com que, por vezes, se debatiam os promitentes-compradores, no entender de VARELA⁸ numa “fase de fraca inspiração” ou “ainda em plena razão de incontinência legislativa”, já o legislador de 1986, ao tomar a mesma opção legislativa de deliberada defesa do consumidor, tinha plena consciência dos prejuízos que tal tutela especial implicaria essencialmente nas Instituições Bancárias, nos termos plasmados no n.º 4, do preâmbulo do citado Decreto-Lei, perdendo deste modo eficácia e utilidade a garantia hipotecária, que não pode deixar de ser criticada.

⁵ Cfr. LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, ob. cit., p.123.

⁶ Cfr. LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, ob. cit., p.123.

⁷ Cfr. LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, ob. cit., p.123.

⁸ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes. Sobre o Contrato-promessa. 2ª edição. *Coimbra Editora*, Coimbra, 1989, p.72.

No entendimento de FREITAS⁹ a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada (artigo 759.º, n.º 2, do CC), é uma regra que “dificilmente terá paralelo em legislação de outro país da União Europeia” o que tem “dado lugar a situações de profunda injustiça, quando não de fraude ou simulação tendente a inutilizar os direitos do credor hipotecário, minando a realização da função normal da hipoteca”. E acrescenta que “É por isso propiciador de entendimentos menos claros entre promitentes vendedores e promitentes compradores para a defraudação do credor hipotecário, sabendo-se que não é fácil a prova da simulação negocial nem a da fraude fiscal.”

No nosso ordenamento jurídico, o legislador no n.º2 do artigo 604.º do CC¹⁰, colocou o direito de retenção a par da hipoteca, contudo e atento ao plasmado no n.º1 do artigo 686.º¹¹, constatamos que o legislador estabelece uma hierarquia, na graduação de créditos, em que se “(...) vê o credor hipotecário apenas precedido pelos que gozem de privilégio especial ou por aqueles cujos registos sejam anteriores no tempo (...)” (LOYA E SAPUILE¹²) o que numa interpretação literal, não regista qualquer prioridade para o direito de retenção, uma vez que nesta hierarquização não tem tão pouca previsão legal.

É, contudo, o disposto no n.º 2, do artigo 759.º, do CC, que veio adensar as dúvidas e críticas em relação ao regime, nas palavras do mesmo autor (LOYA E SAPUILE¹³) “O carácter singular e controverso do direito de retenção no confronto com a hipoteca resulta, sem dúvida, do disposto no n.º 2, do artigo 759.º, através do qual a lei atribui prevalência sobre essa, ainda que tenha sido registada anteriormente.” Sendo que esta solução não estava inicialmente prevista, como refere LOYA E SAPUILE¹⁴, em citação de Antunes Varela, “A prioridade do direito de retenção sobre a hipoteca registada anteriormente não constava nem do anteprojecto de Vaz Serra, nem da 1.ª revisão ministerial, do projecto (artigo 755.º), só vindo a ser consagrada no artigo 759.º, da 2.ª revisão ministerial.”

⁹ Cfr. FREITAS, José Lebre de. *Sobre a Prevalência, no Apenso de Reclamação de Créditos, do Direito de Retenção Reconhecido por Sentença*. Revista da Ordem dos Advogados, Setembro de 2006, p.581.

¹⁰ São causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção.

¹¹ A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.

¹² Cfr. LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, ob. cit., p.113.

¹³ Cfr. LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, ob. cit., p.113.

¹⁴ Cfr. LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro, ob. cit., p.113.

Sendo certo que como refere este autor, esta controvérsia “à mais de um quarto de século (...) tem conhecido quase um sentido único (...)” com algumas flutuações, cujo ponto crítico da doutrina se situa precisamente à volta da extensão da aplicação do regime jurídico aos contratos que se integram na alínea f), do n.º 1, do artigo 755.º, do CC.

A introdução do direito de retenção na alínea f), do citado artigo, ocorreu assim, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de novembro, com a clara intenção de conservar o direito de retenção do promitente-comprador, posicionando-o a par dos demais casos especiais de direito de retenção. Este posicionamento, criou grande ruído na comunidade jurídica, uma vez que, como refere ANDRADE¹⁵ o efeito prático daí decorrente, importa na prática, o total esvaziamento da garantia hipotecária, com maiores implicações em cenários de crise financeira, que importa numa quase total paralização e secundarização da principal garantia do nosso ordenamento jurídico – a hipoteca.

Com a introdução da citada alínea f), do artigo 755.º, do CC, verificamos que se trata de um direito que constitui um desvio à regra, uma vez que não assenta numa relação entre o crédito e as despesas ou danos causados pela coisa, nem emana segundo a mesma identidade de origem das duas dívidas (dívida de entrega da coisa; dívida de indemnização), como nos restantes casos do art. 755.º, n.º 1. do CC.

O que para autores como SILVA¹⁶, as alterações introduzidas, globalmente, visam apenas a proteção do promitente-comprador, enquanto consumidor, que conduz à admissão da interpretação restritiva da norma. Posição assumida no mesmo sentido por VASCONCELOS¹⁷, que refere que este direito se cinje à tutela dos contratos-promessa de compra e venda de edifício ou fração para habitação.

O regime previsto no artigo 759.º, n.º 2, do CC, configura a vertente garantística do direito de retenção, ao acolher o princípio de que a incidência do mesmo sobre coisas imóveis prevalece sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente, sem necessidade do registo predial do direito. São estas características que conduzem no entender de GOMES¹⁸ à

¹⁵ Cfr. ANDRADE, Margarida Costa. *Duas Questões a Propósito da Retenção do Promitente-Comprador: A Prevalência Sobre a Hipoteca e a Sobrevivência à Execução*. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.60.

¹⁶ Cfr. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Almedina, Coimbra, 2007, p.164-165.

¹⁷ Cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito de Retenção, Contrato-promessa e Insolvência*. *Cadernos de Direito Privado* N.º 33. Janeiro/Março (2011) p.7-9.

¹⁸ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*. Ob. Cit. p.12.

qualificação do regime de supergarantia e justificam a eficácia excecional do mesmo (VARELA¹⁹).

O aspeto garantístico deste regime, com a particularidade que lhe está subjacente de não ser objeto de registo, configura uma garantia oculta, na medida em que em muitas situações, não é perceptível qualquer sinal de detenção por parte do retentor, que poderia configurar a única publicidade visível (SERRA²⁰) e de facto (MADALENO²¹) da retenção.

Triangulação dos sujeitos da relação jurídica

Importa agora realçar a especial relevância que resulta da interação que se estabelece entre os sujeitos da relação contratual, que em muitas das relações contratuais não se circunscreve ao promitente-vendedor e promitente-comprador, uma vez que, que na dinâmica económica atual, surge um terceiro sujeito – o credor hipotecário, que habitualmente é uma Instituição bancária, que estabelece, igualmente uma relação contratual com o promitente-vendedor.

Pretendemos assim, compreender a posição de cada um destes três sujeitos, os seus legítimos interesses, a relação que se estabelece entre eles e a colisão de interesses de cada um, com particular incidência para a posição do credor hipotecário e a ausência de proteção e a relevância assumida pelas Instituições Bancárias.

Começemos por analisar a posição do promitente-vendedor, entendendo-se este como “pivot” desta triangulação que fez uma promessa de venda ao promitente-comprador. Deste depende o cumprimento das obrigações assumidas com cada um dos demais (promitente-comprador e credor hipotecário) e as suas ações têm potencialmente implicações sobre ambos, em particular no caso de incumprimento contratual.

O promitente-comprador, como contra-parte da relação contratual, tende a ser ingrata, uma vez que pode ver ressarcida a totalidade dos seus créditos, como pode sofrer avultados prejuízos, caso lhe não seja reconhecido o direito de retenção, sendo que assume

^{19 19} Cfr. VARELA, João de Matos Antunes. Sobre o Contrato-promessa. Ob. Cit., p.2, 110.

²⁰ Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Direito de Retenção. Anteprojeto do Código Civil*. Boletim do Ministério da Justiça, 1957, p.46-47.

²¹ Cfr. MADALENO, Cláudia. A Vulnerabilidade das Garantias Reais. A Hipoteca Voluntária Face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento. *Coimbra Editora*, Coimbra, 2008, p.104.

contornos e desfechos distintos em virtude da entrega ou não de sinal e da ocupação do imóvel, sobre o qual pretenda ver reconhecido o direito de retenção.

A doutrina chama a atenção para o conluio que pode surgir, entre promitente-vendedor e promitente-comprador, “forjando” contratos-promessa, com o intuito de “enganar” o credor hipotecário, vulgarmente as Instituições financeiras.

Como já referimos esta triangulação fica concluída com o credor hipotecário, habitualmente as Instituições financeiras, que assumem especial relevância neste contexto.

Com efeito, o legislador tendeu, ao longo dos anos, por ignorar a relevância assumida pelas Instituições Bancárias. Só assim, se justifica, que o regime tenha evoluído no sentido de uma total desproteção destas Instituições, nomeadamente quando se atribui prevalência do direito de retenção sobre as hipotecas, ainda que estas tenham sido constituídas em data anterior. Posição distinta assumiu o Conselheiro Júlio Gomes, que em artigo publicado em 2005²², entendia que seria preferível que nas hipóteses em que o direito de retenção se funda numa conexão meramente jurídica, este só gozasse de uma eficácia meramente obrigacional, ou seja, que não se atribuisse de todo um direito real de garantia ao seu titular. Entendimento que não foi seguido pelo legislador, nem tem sido acolhido pela maioria da jurisprudência.

Do Sistema Clássico Francês ao Sistema Germânico

Resumidamente, abordamos a forma como o sistema continental europeu regulamenta o direito de retenção. O objetivo é evidenciar os principais aspetos reguladores desta figura jurídica não se pretendendo encetar num debate aprofundado sobre o tema, mas tão só apresentar outras visões de regulação normativa, numa ótica de direito comparado. Esta breve abordagem encerra a possibilidade de equacionar novos (outros) raciocínios entre o enquadramento teórico e prático do direito de retenção. Por aqui se poderá, igualmente, aferir quais são os ordenamentos que conferem uma regulação dispersa em casos concretos e outros que lhe imprimem um caráter mais sistematizado, com regras próprias quanto a requisitos e modo de funcionamento. A compreensão de outros regimes, poderá conduzir a uma melhor solução do regime vigente e à correspondente correção se for esse o caminho a seguir.

²² Cfr. GOMES, Do Direito de Retenção (arcaico, mas eficaz...), Cadernos de Direito Privado, nº11, julho, setembro 2005, p.16

O direito de retenção começa por ser incorporado no direito romano por dois motivos: primeiro, por se encontrar como parte na lei pessoal dos romanos e por ser compatível com o regime da pignoratío privada (LEGRAND²³) sendo esta entendida como o instituto de direito romano que autorizava ao credor a agir sobre os bens do devedor para garantia do seu crédito e sem que fosse necessário o seu consentimento (TOMMASINI²⁴).

Por influência do direito romano, o instituto do direito de retenção é adotado no sistema germânico e italiano, bem como em outros ordenamentos europeus, ganhando expressão a necessidade de proteger o crédito face ao maior desenvolvimento do contexto económico e social (MONTESSORI²⁵). No entanto, não se encontrava nestes sistemas uma regulação que obedecesse a uma sistematização do direito de retenção. Vejamos, nos próximos pontos, quais as principais características dos ordenamentos francês, espanhol, italiano, germânico e anglo-saxónico.

O Ordenamento Jurídico Francês

De acordo com GUILLOUARD²⁶ a regulação do direito de retenção vem a acontecer com a introdução sobre o modo de exercício desse direito nas Ordenações reais francesas. Tal como sucedia com o Código de Seabra, as disposições sobre o direito de retenção, no sistema francês, encontravam-se dispersas e diziam respeito a situações muito concretas, como por exemplo que os advogados retivessem as peças confiadas por clientes até que recebessem os seus honorários, ou que o proprietário recuperasse a posse da sua coisa até que obtivesse a prestação da caução correspondente (NICOLAS²⁷).

No Código de Napoleão, o direito de retenção seguiu regulado de forma dispersa em alguns casos e serviu de modelo a alguns sistemas europeus como é o caso italiano e espanhol.

No atual código civil francês, o direito de retenção vem previsto, por exemplo, no artigo 1948.º quando determina que o depositário pode reter o depósito até ao pagamento integral do que lhe é devido a esse título. Já no artigo 1612.º regula-se que o vendedor não é obrigado a entregar a coisa se o comprador não pagar o preço e o vendedor não lhe tiver

²³ Cfr. LEGRAND, Charles. Du droit de rétention. *Arthur Rousseau*, Paris, 1906, p.15.

²⁴ Cfr. TOMMASINI, Alessandra. La specialità della ritenzione agraria: tra iniziativa privata e programmi di intervento pubblico. *A. Giuffrè Editore*, Milano, 2006, p.54.

²⁵ Cfr. MONTESSORI, Roberto. Il diritto di ritenzione nella materia commerciale. *Francesco Vallardi*, Milano, 1908, p.3.

²⁶ Cfr. GUILLOUARD, Louis-Vincent. Traité du nantissement et du droit de rétention. *Durand et Pedone-Lauriel*, Paris, 1895, p.279-281.

²⁷ Cfr. NICOLAS, R. Étude sur le droit de rétention légal à Rome et en France. *Pichon et Cie*, Paris, 1872.

concedido um prazo para o pagamento. Enquanto no artigo 2082.º indica-se que salvo abuso do titular do penhor, o devedor não pode exigir a sua restituição enquanto não pagar integralmente, em capital, juros e custas, a dívida pela qual o penhor foi dado em garantia. Além de encontrarmos estas disposições dispersas, o diploma francês determina no seu artigo 2286.º as pessoas que podem ser titulares do direito de retenção.²⁸

Daqui se retira que a retenção tem subjacente a tal conexão material (que também se verifica no ordenamento jurídico português) pois a coisa cuja retenção se pretende garantir surge por ocasião dessa mesma coisa ou ligada à posse do detentor. Na jurisprudência francesa verificam-se também interpretações derivadas do elemento literal da norma. Veja-se, por exemplo, uma decisão do Tribunal de Cassação Civil, divisão comercial²⁹, onde se determina que “para poder exercer o direito de retenção, a pessoa que o exerce deve ser titular de um crédito relativo à coisa retida, o que implica uma conexão entre a coisa retida e o crédito invocado.” O mesmo tribunal afirma que o direito de retenção é um direito real, oponível a todos, incluindo terceiros não devedores, e pode ser exercido em relação a qualquer crédito que tenha surgido em relação à coisa retida.

O Ordenamento Jurídico Espanhol

O código civil espanhol³⁰ não contém um regime jurídico geral do direito de retenção, aparece outrossim, regulamentada de forma fragmentada e casuística, associada a diferentes instituições de direito privado. GIL³¹ problematiza, precisamente, a ausência de uma maior sistematização do regime por considerar que se verificam dificuldades na qualificação de verdadeiros casos de retenção, propondo uma abordagem mais profunda sobre as respostas jurisprudenciais e doutrinárias sobre a questão.

De acordo com TOBENAS³² o direito de retenção é a faculdade que a lei oferece a uma das partes do contrato, em caso de incumprimento da outra parte, de reter a coisa que é propriedade do incumpridor para a poder utilizar como garantia, inclusive para se fazer

²⁸ a pessoa a quem a coisa foi entregue até ao pagamento do seu crédito; a pessoa cujo crédito não pago resulta do contrato que a obriga a entregar a coisa; a pessoa cujo crédito não pago resulta da posse da coisa; a pessoa que beneficia de um penhor sem desapossamento.

²⁹ Processo n.º 19-11.13217, de 17 de fevereiro de 2021, p.116-117.

³⁰ Real Decreto de 24 de julho de 1889

³¹ Cfr. GIL, Laura Zumaquero. El derecho de retención en el código civil español. *Tirant lo Blanch*, España, 2017.

³² Cfr. TOBENAS, José Castán. Derecho civil español común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Vol. 12ª edición. *Reus*, Madrid, 1978, p.261-262.

pagar pelo preço da dívida. MEY³³ definia o direito de retenção como "o poder concedido por lei para prolongar a posse de uma coisa devida à consignação, em virtude de um crédito que lhe diz respeito, até ao pagamento da mesma".

Exemplo da dispersão do direito de retenção, encontramos os artigos 453.^{o34} e 522.^{o35}, a par de outros artigos, como é o caso do penhor³⁶ e do depósito³⁷.

A natureza jurídica da retenção é preferencial e não se limita, apenas, a conceder a possibilidade de reter a coisa. Uma sentença do Tribunal Supremo (RJ 1989/6883) discorreu sobre a natureza jurídica do direito de retenção como um direito especial de garantia, atribuindo ao seu titular a faculdade de poder continuar com a posse da coisa alheia para se proteger face ao incumprimento, mas, ao mesmo tempo, não reconhecendo a esse titular os privilégios próprios de uma garantia real. No entender de GONZALEZ³⁸ uma vez que o penhor tem efeitos *erga omnes* confere um privilégio especial ao crédito garantido³⁹ e permite ao seu titular realizar o valor do bem empenhado em caso de incumprimento da obrigação.

Ainda assim, a doutrina não é consensual sobre o alcance do direito de retenção. MEY⁴⁰ defendia que a configuração deste direito é um direito real de garantia pela relação direta com a coisa, quer dizer, exerce um poder sobre ela e com essa vantagem – a de deter a coisa em seu poder – tem uma posição privilegiada face a outros sujeitos, a quem se pode opor. No entanto, GIL⁴¹ argumenta que se pode tratar de um direito pessoal ou de um direito real. No primeiro caso o seu titular não dispõe das faculdades próprias dos direitos reais, em particular, a possibilidade de se fazer pagar pela realização do valor da coisa. No segundo caso poderia ter um carácter de direito real uma vez que tem eficácia sobre a coisa em relação a terceiros.

Para os autores que favorecem a natureza de direito real de garantia e que indicámos acima, os artigos 1600.º, 1730.º, 1780.º e 1866.º - disposições que se referem à possibilidade

³³ Cfr. MEY, José Viñas. *El derecho de retención*. Revista de Derecho Privado, 1922, p.102.

³⁴ As despesas necessárias são pagas a todo o possuidor; mas só o possuidor de boa-fé pode reter a coisa até que elas sejam pagas

³⁵ Cessado o usufruto, a coisa usufruída será entregue ao proprietário, salvo o direito de retenção que pertence ao usufrutuário ou aos seus herdeiros pelas despesas que devam ser reembolsadas.

³⁶ Artigo 1730.º O mandatário pode reter em penhor as coisas objeto do mandato até que o mandante realiza a indemnização.

³⁷ Artigo 1780.º O depositário pode reter em penhor a coisa depositada até ao pagamento integral do que lhe é devido em virtude do depósito.

³⁸ Cfr. GONZALEZ, Javier García de Tiedra. 2012. Disponível em <https://www.infoderechocivil.es/2012/07/derecho-de-retencion.html>, acesso em: 03 de outubro de 2023.

³⁹ Artigo 1922.º, do código civil espanhol

⁴⁰ Cfr. MEY, José Viñas. *El derecho de retención*. ob. cit., p.108-109.

⁴¹ Cfr. GIL, Laura Zumaquero. *El derecho de retención en el código civil español*. ob. cit., p.17-21.

de “reter em penhor” – atribuem ao seu titular os efeitos a que aludimos anteriormente. TOBEÑAS⁴² defende que deviam ser considerados dois tipos de natureza jurídica: a retenção simples que seria uma simples faculdade outorgada pela lei e que se limitaria a conferir ao detentor a possibilidade de reter uma coisa para conseguir a realização da prestação em dívida; a retenção em penhor que seria um direito real uma vez que o seu titular tem um direito *erga omnes* sobre a coisa empenhada.

Apesar de o ordenamento jurídico espanhol não dispor do regime sistematizado sempre se apontam os elementos comuns para que possa ter lugar a retenção. Gil⁴³ aponta como imprescindíveis estar na posse da coisa a reter, ter um crédito frente ao devedor (proprietário da coisa), que este crédito tenha relação com o bem propriedade do devedor. O modelo espanhol não prevê uma disposição normativa com os requisitos indicados, mas da discussão doutrinária ressaltam semelhanças com a sistematização do direito português.

O Ordenamento Jurídico Italiano

No direito italiano também não se encontra um regime próprio para o direito de retenção encontrando-se disperso por várias normas à semelhança dos ordenamentos jurídicos que abordámos antes. De acordo com o dicionário jurídico BROCARDI⁴⁴ (s.d.) o direito de retenção é um direito previsto a favor do credor de reter uma coisa que deve restituir ao proprietário até que este último, que é seu devedor, a cumpra. Assim, o devedor é pressionado a cumprir o que é devido se quiser recuperar a posse do bem.

São várias as situações em que este direito – considerado como acessório a um crédito – surge indicado na lei civil italiana, de 16 de março de 1942. O artigo 1152.º, do Codice Civile estipula que o possuidor de boa-fé pode reter a coisa até que lhe seja paga uma indemnização pelas reparações e melhoramentos feitos na coisa. Já o artigo 748.º contempla a situação em que o co-herdeiro que confere um bem em espécie pode conservar a sua posse até ao reembolso efetivo das quantias que lhe são devidas a título de despesas e benfeitorias.

⁴² Cfr. TOBEÑAS, José Castán. Derecho civil español común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. ob. cit., p.265.

⁴³ Cfr. GIL, Laura Zumaquero. El derecho de retención en el código civil español. ob. cit., p.59-60.

⁴⁴ Cfr. BROCARDI. *Dizionario Giuridico*. s.d. Disponível em <https://www.brocardi.it/dizionario/1294.html>, acesso em: 04 de outubro de 2023.

Por sua vez, o artigo 975.º, estabelece o regime da enfiteuse⁴⁵. No regime do artigo 1006.º encontramos o regime relativo às reparações, da responsabilidade do senhorio, efetuadas pelo arrendatário⁴⁶. Já o artigo 1011.º confere o direito ao usufrutuário de exercer a retenção sobre os bens em seu poder até ao montante da quantia que lhe é devida. No que respeita ao possuidor de boa-fé, o artigo 1152.º estipula que aquele pode reter a coisa até ao pagamento da indemnização que lhe é devida, desde que esta tenha sido exigida no decurso da ação e tenha sido apresentada prova genérica da existência das reparações e benfeitorias. No artigo 1502.º encontramos o regime do resgate exercido pelo vendedor⁴⁷. Ainda uma outra disposição – o artigo 2864.º - que o terceiro é obrigado a indemnizar os danos que a sua negligência grave causou ao imóvel em detrimento dos credores registados.⁴⁸

Da doutrina resulta que o direito de retenção é uma forma de autodefesa unilateral que se traduz no poder concedido à parte lesada de reter a coisa que seria obrigada a devolver ao titular do direito, com o propósito de o pressionar a cumprir a sua obrigação (PARENTE⁴⁹). Defende o autor que não se trata de um meio de preservar o património do devedor, mas sim de uma “forma de autodefesa fundada nas exigências da justiça material” (PARENTE⁵⁰). Alega que não seria justo entregar uma coisa sem que a outra parte realize a prestação com ela relacionado pois, de contrário, criar-se-ia uma situação de desequilíbrio contratual.

Na doutrina italiana também se discute a natureza jurídica do direito de retenção havendo alusão à qualidade da retenção como um direito pessoal onde se acentua, sobretudo, a relação obrigacional subjacente ao *ius retentionis*.

⁴⁵ determina-se que o enfiteuta tem o direito ao reembolso das benfeitorias na medida do aumento de valor que o terreno alcançou em resultado das mesmas e que caso seja apresentada prova da existência das benfeitorias em geral, o enfiteuta tem direito à retenção do terreno até que a sua pretensão seja satisfeita.

⁴⁶ estatui-se que se o senhorio se recusar a efetuar as reparações que lhe competem ou atrasar a sua execução sem motivo justificado, o arrendatário pode mandar efetuar-las a expensas suas mas como garantia do reembolso tem o direito a reter o bem reparado.

⁴⁷ O vendedor que exerce o direito de resgate é obrigado a reembolsar o comprador do preço, das despesas e de qualquer outro pagamento legitimamente efetuado para a venda, das despesas com as reparações necessárias e, dentro dos limites do aumento, das que tenham aumentado o valor da coisa. Enquanto as despesas necessárias e úteis não forem reembolsadas, o comprador tem o direito de reter a coisa. No caso do credor pignoratício só pode exigir a restituição se o capital e os juros tiverem sido pagos na íntegra. Caso o penhor tenha sido constituído pelo devedor e este tiver para com o mesmo credor uma outra dívida posterior à constituição do penhor e vencida antes do pagamento da dívida anterior, o credor só tem o direito de retenção como garantia do novo crédito.

⁴⁸ E nesta disposição afasta-se o direito de reter o imóvel por causa das benfeitorias, mas confere-se a possibilidade de que seja separada do preço da venda a parte correspondente a essas benfeitorias.

⁴⁹ Cfr. PARENTE, Ferdinando. Il diritto di ritenzione come strumento di autotutela privata. Annali del Dipartimento Jonico Estratto, 2019, p.293.

⁵⁰ Cfr. PARENTE, Ferdinando. Il diritto di ritenzione come strumento di autotutela privata. ob. cit., p.296.

O Ordenamento Jurídico Alemão

O Código Civil Alemão, como marco da regulação civil europeia,⁵¹ numa senda diferente dos sistemas analisados antes, contempla um regime próprio para o direito de retenção, que contém três regras que se encontram definidas no artigo 273.⁵² Além da norma definidora das várias hipóteses em que tem lugar o direito de retenção, o código alemão indica no artigo 274.º os seus efeitos.

Da análise do elemento literal das normas alemãs percebe-se a ênfase colocada no elemento de conexão entre as prestações e os sujeitos que a elas se encontram vinculados.

No artigo 772.º, n.º 2 existe, também a referência ao direito de retenção em relação a coisas móveis⁵³.

Um aspeto que merece referência em relação ao ordenamento alemão no direito de retenção é a menção de casos em que não se verifica e, até mesmo, se determina o afastamento daquela figura. De que são exemplos, o plasmado no artigo 175.º, que obriga o representante com plenos poderes a devolver todos os documentos relacionados com o negócio, afastando o direito de retenção. Outro caso é o do contrato de locação, cujo BGB proíbe expressamente a incidência do direito de retenção do locatário sobre o objeto, seja na locação residencial ou não residencial.

O Ordenamento Jurídico Anglo-Saxónico

No direito de retenção, merece ainda consideração o sistema da Common Law onde o termo lien é definido pela doutrina como a imputação de um pagamento de dívida ou

⁵¹ Conhecido por Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), o texto foi promulgado em 1896 e entrou em vigor em 1 de janeiro de 1900.

⁵² No n.º 1 determina-se que “Quando, em razão da mesma relação jurídica que serve de fundamento à sua obrigação, tenha o devedor contra o credor uma prestação vencida, poderá sempre que outra coisa não resultar da obrigação, recusar a prestação devida até que seja realizada a prestação que a ele cabe (direito de retenção). No n.º 2, prossegue-se dizendo que “Quem estiver obrigado à restituição de um objeto terá o mesmo direito, quando lhe couber uma prestação vencida por despesas com o objeto ou por causa de prejuízos que este lhe haja causado, a não ser que tenha ele obtido o objeto por um ato ilícito cometido dolosamente.” Já o n.º 3 afirma que “O credor pode evitar o exercício do direito de retenção mediante a prestação de uma garantia. Exclui-se a prestação de garantia mediante um fiador?”

⁵³ prevê expressamente que “Se o credor tiver um penhor ou um direito de retenção sobre uma coisa móvel do devedor principal, então deve tentar satisfazer o seu crédito também com essa coisa.”

obrigação sobre qualquer propriedade imobiliária ou pessoal. Segundo HALL⁵⁴ o lien deriva de um termo francês (ligamen) e significa que algo que se destina a ligar ou juntar.

No direito inglês utiliza-se a diferenciação entre o particular lien e o general lien, em que no primeiro caso, trata a possibilidade de reter um bem móvel por uma dívida relativa a essa coisa. Existe, aqui, o chamado elemento de conexão que é semelhante ao que se verifica no sistema continental europeu. Já a segunda categoria opera em situações concretas, sem que haja necessidade de existir o elemento de conexão com a dívida, como é o caso das hospedarias, advogados, depositários, representantes comerciais ou bancos. Nestas situações o general lien abrange todos os bens que se encontram na posse do credor e em garantia de todos os créditos que tenha em relação ao devedor.

No entender de HANSEN⁵⁵ o lien é uma garantia que atribui um direito de manter a posse de bens pessoais de outrem enquanto se aguarda pela satisfação de uma dívida relativa a esses bens. O autor considera que se trata de um direito possessório para ajudar o seu titular a conseguir o pagamento da dívida que lhe é devida.

O possessory lien é, então, aquele que se aproxima mais do direito de retenção onde se exige o elemento de conexão. Neste caso devem verificar-se dois requisitos. O primeiro que está relacionado com a posse atual e legítima da coisa. O segundo que se refere à existência de um crédito contra o proprietário da coisa. O credor não pode vender o bem retido e é passível de ser invocado contra outros credores.

O sistema anglo-saxónico apresenta um tipo de regulamentação intermédia. Quer dizer, o possessory lien configura um regime próximo do direito de retenção onde se exige a verificação de requisitos legais para a legitimidade da retenção, ao invés, o general lien afasta a obrigatoriedade do elemento de conexão entre a coisa retida e a dívida, pelo que, a sua aplicação afasta-se do que os sistemas regulamentados de outros ordenamentos jurídicos determinam.

Considerações finais

Em conclusão, a partir da análise dos diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros foi possível identificar desafios prementes do direito de retenção inscrito no ordenamento jurídico português. Neste sentido, convoca-se a necessidade de ajustar a visão interpretativa

⁵⁴ Cfr. HALL, Lancelot Hedey. Possessory liens in English law. *General Books*, London, 1917, p.11.

⁵⁵ Cfr. HANSEN, Tory. Should repairers have something to lien on? An Analysis of reform option for the common law lien in the personal property securities act 1999. *University of Wellington*, Victoria, 2015, p.5.

da aplicação do preceito normativo que faz prevalecer a retenção sobre a hipoteca e defende-se que a argumentação jurídica não pode ignorar os ajustamentos necessários às novas realidades do contexto económico, propondo para o efeito as necessárias correções normativas, através de reformas legislativas do instituto do direito de retenção português.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Margarida Costa. Duas Questões a Propósito da Retenção do Promitente-Comprador: A Prevalência Sobre a Hipoteca e a Sobrevivência à Execução. *Coimbra Editora*, Coimbra, 2014.

BROCARDI. *Dizionario Giuridico*. s.d. Disponível em <https://www.brocardi.it/dizionario/1294.html>, acesso em: 04 de outubro de 2023.

FREITAS, José Lebre de. *Sobre a Prevalência, no Apenso de Reclamação de Créditos, do Direito de Retenção Reconhecido por Sentença*. Revista da Ordem dos Advogados, Setembro de 2006.

GIL, Laura Zumaquero. El derecho de retención en el código civil español. *Tirant lo Blanch*, España, 2017.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*. Vol. Coleção Teses. Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

GONZALEZ, Javier Garcia de Tiedra. 2012. Disponível em <https://www.infoderechocivil.es/2012/07/derecho-de-retencion.html>, acesso em: 03 de outubro de 2023.

GUILLOUARD, Louis-Vincent. *Traité des nantissements et du droit de rétention*. *Durand et Pedone-Lauriel*, Paris, 1895.

HALL, Lancelot Hedey. Possessory liens in English law. *General Books*, London, 1917.

HANSEN, Tory. Should repairers have something to lien on? An Analysis of reform option for the common law lien in the personal property securities act 1999. *University of Wellington*, Victoria, 2015.

LEGRAND, Charles. Du droit de rétention. *Arthur Rousseau*, Paris, 1906.

LOYA E SAPUILE, Belchior do Rosário. Prevalência do Direito de Retenção Sobre a Hipoteca. Em *Garantia das Obrigações*, de Jorge Ferreira Sinde Monteiro. *Almedina*, Coimbra, 2007.

MADALENO, Cláudia. A Vulnerabilidade das Garantias Reais. A Hipoteca Voluntária Face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento. *Coimbra Editora*, Coimbra, 2008.

MEY, José Viñas. *El derecho de retención*. Revista de Derecho Privado, 1922, p.102-115.

MONTESSORI, Roberto. Il diritto di ritenzione nella materia commerciale. *Francesco Vallardi*, Milano, 1908.

NICOLAS, R. Étude sur le droit de rétention légal à Rome et en France. *Pichon et Cie*, Paris, 1872.

PARENTE, Ferdinando. Il diritto di ritenzione come strumento di autotutela privata. *Annali del Dipartimento Jonico Estratto*, 2019, p.293-301.

PIÇARRA, Mariana Coimbra. *O Direito de Retenção do Promitente-Comprador: Algumas Reflexões*, *Revista Julgar*, 2018, p.13-34.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Direito de Retenção. Anteprojeto do Código Civil*. Boletim do Ministério da Justiça, 1957, p.46-47.

SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. Almedina, Coimbra, 2007.

TOBEÑAS, José Castán. Derecho civil español común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Vol. 12ª edición. *Reus*, Madrid, 1978.

TOMMASINI, Alessandra. La specialità della ritenzione agraria: tra iniziativa privata e programmi di intervento pubblico. *A. Giuffrè Editore*, Milano, 2006.

VARELA, João de Matos Antunes. Sobre o Contrato-promessa. 2ª edição. *Coimbra Editora*, Coimbra, 1989.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. Direito de Retenção, Contrato-promessa e Insolvência. *Cadernos de Direito Privado* N.º 33. Janeiro/Março (2011) p. 3-29.