

AS RECENTES ALTERAÇÕES AO REGIME DO DIREITO DE RETENÇÃO DE COISA IMÓVEL E O SEU IMPACTO NO DIREITO EXECUTIVO E DA INSOLVÊNCIA(*)

*Pelo Dr. Henrique Marques Candeias(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Aspetos gerais relevantes sobre o direito de retenção no direito civil português. 3. Ao abrigo do regime pré-DL n.º 48/2024: o direito de retenção como um direito real de garantia e preferência face a hipotecas constituídas anteriormente. 4. As alterações ao regime do direito de retenção provocadas pelo DL n.º 48/2024: *i.* Aspetos introdutórios. *ii.* Crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida. *iii.* A prevalência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com direitos de crédito e em confronto com a hipoteca e a sua qualificação. *iv.* Direito de retenção em que o crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida no direito executivo e no direito da insolvência. 5. Conclusão.

Resumo:

O Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, trouxe novidades ao regime do direito de retenção presente no Código Civil. Neste artigo pretendemos dar uma primeira abordagem às alterações legislativas que o Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, provocou.

(*) *In memoriam*: Professor Doutor Pedro Romano Martinez.

(**) Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; doutorando; investigador e bolseiro no Centro de Investigação de Direito Privado. Gostaria de agradecer publicamente ao Sr. Professor Doutor Rui Pinto e à S.^{ra} D.^{ra} Catarina Coelho por todas as discussões que tivemos sobre as matérias que este artigo versa.

Tentaremos compreender as soluções postas no Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, na sequência da doutrina e jurisprudência sobre o regime do direito de retenção de coisa imóvel; abordar o conteúdo material das novidades legislativas; questionar a qualificação do direito de retenção de coisas imóveis ao abrigo do Código Civil alterado; e trabalhar o novo regime do direito de retenção em confronto com o direito executivo e da insolvência. Não nos versaremos sobre a solução dada pelo legislador à aplicação desta alteração legislativa no tempo.

Palavras-chave:

Decreto-Lei n.º 48/2024; direito de retenção; direito real de garantia; contrato-promessa; direito executivo; direito da insolvência.

1. Introdução

I. O Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, (doravante, “DL n.º 48/2024”) trouxe novidades ao regime do direito de retenção presente no Código Civil (doravante, “CC”).

Em concreto, por força do art. 2.º, do DL n.º 48/2024, alterou-se a letra dos n.ºs 1 e 2 do art. 759.º, do CC. Se antes do DL n.º 48/2024, os n.ºs 1 e 2, do art. 759.º, do CC, estatuíam que:

Artigo 759.º

(Retenção de coisas imóveis)

1. *Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor.*

2. *O direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*

3. ...

Agora, os mesmos números determinam:

Artigo 759.º

(Retenção de coisas imóveis)

1. *Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respetivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de, nos casos em que o crédito*

assegura o reembolso de despesas para a conservar ou aumentar o seu valor; ser pago com preferência aos demais credores do devedor.

2. *Nos casos previstos na parte final do número anterior, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*

3. ...

Ademais, o DL n.º 48/2024 esclarece, no seu art. 3.º, que se aplica aos direitos de retenção que sejam constituídos após a sua entrada em vigor, que ocorreu a 24 de agosto de 2024 (30 dias após a entrada em vigor do diploma, v. art. 4.º, DL n.º 48/2024).

2. Aspetos gerais relevantes sobre o direito de retenção no direito civil português

1. O direito de retenção configura uma situação jurídica ativa que atribui ao seu titular, detentor de uma coisa, o poder de a não restituir a quem lhe a possa exigir, enquanto este último não cumprir perante o detentor da coisa uma obrigação de alguma forma relacionada com ela⁽¹⁾.

O direito civil português estabelece nos arts. 754.º a 761.º, do CC, um direito de retenção. Para esse direito de retenção surgir na esfera jurídica de um sujeito é necessário que se verifique conjugadamente os seguintes pressupostos positivos:

- 1) uma detenção de uma coisa *i)* suscetível de penhora, *ii)* direta ou através de representante, que *iii)* não pode resultar de meios ilícitos ou que, tendo resultado de meios ilícitos, o detentor não tivesse conhecimento da ilicitude sem culpa;
- 2) a existência de uma obrigação de entrega da coisa detida na esfera de quem a detém;
- 3) o devedor da obrigação de entrega da coisa ser credor de uma obrigação conexa com a coisa detida, cujo devedor é o credor da obrigação de entrega da coisa; e

(1) V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 821, e o nosso texto, HENRIQUE MARQUES CANDEIAS, “O abuso do direito de retenção: exercício desproporcional do direito de retenção”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, (home-nagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão), n.º 1, Tomo 2, ano LXIV (2023), pp. 885-930, *passim*.

- 4) a obrigação conexa com a coisa vencer-se ou ter ocorrido alguma circunstância que cause a perda do benefício do prazo⁽²⁾.

II. O direito de retenção é, em primeiro lugar, uma exceção de direito material⁽³⁾, pois permite ao seu titular negar a restituição de uma coisa a quem, tendo o direito de a obter, não cumpriu uma obrigação cujo credor é o retentor. O direito de retenção, depois de invocado, exclui o retentor de mora do devedor relativamente à obrigação de entrega da coisa⁽⁴⁾. Assim, materialmente, o direito de retenção é uma posição de força, justificada pelo facto de o credor da obrigação de entrega da coisa não ter cumprido uma obrigação que tem perante o retentor. Em razão disto, o direito de retenção, que pode ser exercido sem intervenção judicial, tem sido considerado como uma figura excecional ao princípio da proibição da autotutela⁽⁵⁾.

A posição de força que o direito civil português atribui ao titular do direito de retenção afigura-se como um reduto de salvaguarda do crédito do retentor, protegendo o seu interesse no cumprimento dessa obrigação⁽⁶⁾. Isto ocorre porque, de acordo com a natureza das coisas, reter a coisa exerce, pelo menos na grande generalidade dos casos, pressão sobre o devedor para que cumpra a obrigação que deve ao retentor (função compulsória do direito de retenção)⁽⁷⁾.

(2) Sobre os pressupostos do direito de retenção — v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 836, ss., ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, reimp., Coimbra, Almedina, 2019, p. 286, ss., e CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais: a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 119, ss.

(3) Definindo uma exceção de direito material como a faculdade potestativa de paralisar o exercício de o direito de outrem — v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 740.

(4) Cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, “Artigo 757.º”, in JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (org.), *Comentário ao Código Civil, direito das obrigações: das obrigações em geral*, reimp., Lisboa, UCP Editora, 2021, p. 1017.

(5) V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 351-356.

(6) V. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Direito de retenção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65 (1957), pp. 103-261, p. 138, e ANGELO SATURNO, “Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità”, *Rassegna di diritto civile*, n.º 1 (1991), pp. 44-95, p. 64.

(7) Sobre a função compulsória do direito de retenção — v. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (jul.-set. 2005), pp. 3-25, p. 5, e ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 390-391.

Se imaginássemos o ordenamento português sem um direito de retenção, um ente com a obrigação de entrega de uma coisa não podia recusar legitimamente o cumprimento dessa obrigação a quem incumpriu para consigo uma outra obrigação relacionada com essa coisa. Estar-se-ia perante uma acentuação de um desequilíbrio na posição relativa destes sujeitos dentro do complexo regulativo que os envolve e que, originalmente, não é querido pelo direito, beneficiando invariavelmente quem incumpriu. Assim, o direito de retenção funciona para evitar uma acentuação desse desequilíbrio, possibilitando ao retentor a recusa da entrega da coisa. O direito de retenção vai, aliás, mais além, pois também pretende corrigir a assimetria na posição das partes, funcionando com elemento que constrange o devedor a cumprir a sua obrigação perante o retentor.

Deste modo, pensamos que é na boa-fé objetiva, ao abrigo do princípio da materialidade subjacente, que se encontra o fundamento do direito de retenção. Vejamos, o princípio da materialidade subjacente, em especial através da figura do *tu quoque*, exige uma reação do sistema para restabelecer o equilíbrio num complexo regulativo destruído por força da atuação não querida pelo direito provocada por um sujeito. Se o direito de retenção visa impedir a acentuação de um desequilíbrio entre as partes, assim como a corrigi-lo, então justifica-se materialmente no *tu quoque*, ou seja, na boa-fé⁽⁸⁾.

III. O desequilíbrio da posição das partes que nos referimos acima circunscreve-se a um determinado espaço jurídico que é, naturalmente, delimitado. É nesse espaço jurídico que há um complexo regulativo a que o direito pretende um determinado equilíbrio base. No direito de retenção português, a enunciação dos polos desse complexo regulativo cabe aos arts. 754.º e 755.º, do CC, bem como às outras normas fora do CC que estabelecem específicos direitos de retenção⁽⁹⁾. Essas normas consagram

(8) A doutrina tem procurado fundamentar o direito de retenção na equidade e na boa-fé, por todos — v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 391-394. Sobre o princípio da materialidade subjacente e o *tu quoque* — v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, ..., *op. cit.*, pp. 837-852. Afirmando que um direito obrigacional de retenção pode ser apoiado na boa-fé, em especial na figura do exercício em desequilíbrio de posições jurídicas — v. MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-4, ano XLIX (jan.-dez. 2008), pp. 187-239, p. 198. A nossa opinião sobre o fundamento do direito de retenção é exposta com maior desenvolvimento no nosso “O abuso do direito de retenção: exercício desproporcional do direito de retenção”, ..., *op. cit.*, *passim*.

(9) Note-se que o direito de retenção não se esgota nos casos postos nos arts. 754.º e 755.º, do CC. Há diversas disposições especiais no ordenamento que também possibilitam a invocação de direito de retenção. É o caso, por exemplo, do direito de retenção do achador (art. 1323.º, n.º 6, do CC),

as situações em que, na visão do legislador, por haver uma determinada conexão entre a coisa e a obrigação incumprida de que o credor é retentor, pode ser invocado direito de retenção.

Nos termos do art. 754.º, do CC, há uma conexão entre o crédito do detentor com a coisa detida se o crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados. Esta conexão, a que se atribui a qualificação de material⁽¹⁰⁾, deve ser interpretada no sentido em que apenas despesas feitas sobre a coisa detida ou danos por ela causados podem ser considerados materialmente conexos nos termos do art. 754.º, do CC⁽¹¹⁾. A jurisprudência, referindo-se a *conexão direta*, *conexão causal*, bem como ao brocardo *debitum cum re junctum*, tem afirmado a necessidade desta estreiteza entre a coisa e o crédito do detentor⁽¹²⁾.

No art. 755.º, do CC, são elencados casos especiais de retenção. Atendendo ao conjunto de situações expostas na letra da norma, a coisa retida e o crédito do retentor relacionam-se por se integrarem no quadro da mesma relação jurídica, daí que se afirme que a conexão entre a coisa e o crédito do retentor exigida no art. 755.º, do CC, é de natureza jurídica⁽¹³⁾.

Em tese, outras conexões entre a coisa e o crédito são possíveis. Por exemplo, o ordenamento alemão estabelece a possibilidade de se invocar direito de retenção nos casos que a relação entre o que é retido (que pode não ser necessariamente uma coisa, mas por exemplo, uma prestação) e a obrigação devida ao retentor é de uma outra ordem além de material e jurídica. Vejamos que o § 273 I BGB tem sido interpretado como exigindo apenas uma conexão natural e económica entre o que é retido e a obrigação incumprida para ser considerado lícito invocar direito de retenção⁽¹⁴⁾. Se Vaz Serra propôs que, no ordenamento português, a retenção fosse possível para os casos em que a natureza da conexão fosse

do direito de retenção do agente comercial (art. 35.º, do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho), do direito de retenção do construtor de navio (art. 25.º, do Decreto-Lei n.º 201/98, de 8 de julho), do direito de retenção do salvador marítimo (art. 14.º, do Decreto-Lei n.º 203/98, de 10 de julho) e do direito de retenção do advogado (art. 101.º, n.º 3, da Lei n.º 145/2015).

⁽¹⁰⁾ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 311.

⁽¹¹⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 837, e ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 314.

⁽¹²⁾ Por todos, v. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de maio de 2024 (proc. n.º 1913/19.IT8VNF-A.G1).

⁽¹³⁾ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 315.

⁽¹⁴⁾ Cf. PETER GRÖSCHLER, “§§273-274”, MATHIAS SCHMOECKEL, JOACHIM RÜCKERT e REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 833.

natural e económica⁽¹⁵⁾, os mesmos não ficaram consagrados diretamente no CC.

3. Ao abrigo do regime pré-DL n.º 48/2024: o direito de retenção como um direito real de garantia e preferência face a hipotecas constituídas anteriormente

I. Há um aspeto muito importante no estudo do direito de retenção que cabe referir, a sua qualificação como um direito real de garantia.

Nos termos do art. 604.º, n.º 2, do CC, o direito de retenção é posto como uma causa legítima de preferência no concurso de credores que apenas exibam a garantia geral, consagrando-se como uma derrogação do princípio da *par condicio creditorum*. Depois, agora fazendo referência aos arts. 758.º e 759.º, n.º 1, do CC, pré-DL n.º 48/2024, o direito de retenção conferia ao seu titular: (i) no caso de retenção de coisa móvel, os mesmos direitos atribuídos ao credor pignoratício (exceto no que se refere à substituição ou reforço da garantia), o que significava que, nos termos do art. 666.º, do CC, o retentor teria direito à satisfação do seu crédito pelo valor da coisa retida com preferência face aos demais credores do devedor; e (ii) no casos de retenção de coisa imóvel⁽¹⁶⁾, o poder de o retentor executar a coisa nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, bem como de ser pago com preferência face aos demais credores do devedor. Assim, a doutrina elaborada após 1966 tinha, de forma quase unânime, afirmado que o direito de retenção no direito civil português seria um direito real de garantia^(17/18).

Sendo um direito real de garantia, o direito de retenção não tinha apenas, pelo menos em abstrato, uma função compulsória, possuía igualmente uma função de garantia. No fundo, a coisa retida ficaria funcionalizada à garantia de uma obrigação. Há Autores que escrevem que, no direito de

(15) V. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Direito de retenção”, ..., *op. cit.*, p. 247, ss.

(16) Para efeitos do regime do direito de retenção, o art. 759.º, do CC, apesar de referir coisas imóveis, tem de ser interpretado como se aplicando igualmente às coisas móveis que podem ser objeto de hipoteca, por igualdade de razão. É tendo como pressuposto este apontamento que utilizaremos a expressão coisa imóvel aquando da análise do art. 759.º, do CC.

(17) Ao abrigo do Código de Seabra, punha-se em dúvida a natureza real do direito de retenção. Defendendo a natureza real — v. PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações*, Tomo II (lições publicadas por E. Pamplona Côrte-Real), 1938-1939, p. 155. Negando a natureza real — v. LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, V, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 677.

(18) Cf. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, p. 101.

retenção, a função de garantia surja como resultado de um aprofundamento lógico da figura.

Justificam esta afirmação com a asserção que se o direito de retenção não fosse um direito real de garantia, ocorreria o risco de perdurar *ad aeternum* nos casos em que a coisa retida não possuísse um valor suficiente para dar efetiva força compulsória, colocando o retentor numa posição desvantajosa⁽¹⁹⁾. Este desenvolvimento teve consequências a nível de regime, pois o direito de retenção é principalmente tratado no CC como uma garantia real⁽²⁰⁾. Veja-se, por exemplo, a sua consagração no chamado capítulo das garantias especiais das obrigações (Livro II, Título I, Capítulo VI), bem como, o art. 756.º, als. c) e d), do CC, que estabelecem não haver direito de retenção quando a coisa é impenhorável ou quando o devedor preste caução suficiente.

Ao abrigo do regime do CC pré-DL n.º 48/2021, certa doutrina mostrou um desconforto com a consagração unitária do direito de retenção como direito real de garantia, em confronto com a diferente natureza das conexões entre a coisa e o crédito do retentor exigidas pelos arts. 754.º e 755.º, do CC⁽²¹⁾. Aliás, houve quem tivesse escrito que a própria natureza do direito de retenção devia ser diferente em função da conexão verificada. Se, nos casos em que a conexão é material, o direito de retenção devia ser um direito real de garantia, sendo a conexão jurídica, seria mais adequada uma natureza meramente obrigacional⁽²²⁾.

Nesta senda, Júlio Gomes pareceu levar esse *desconforto* a consequências de regime no direito de retenção, pois, da leitura do seu escrito, retira-se a tese de que é defensável a existência de dois regimes diferentes para a retenção, o aplicável aos casos de conexão material, enformado por prerrogativas aplicáveis aos direitos reais, e o das retenções em que a conexão é jurídica, que, não deixando de ser um direito real de garantia, seria regido pelo princípio da relatividade próprio das obrigações⁽²³⁾.

(19) V. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Direito de retenção”, ..., *op. cit.*, p. 189, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 840, e JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, ..., *op. cit.*, p. 6.

(20) V. FRANCISCO ROCHA, “Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.ºs 1 e 2, ano LI (2010), pp. 573-646, p. 590.

(21) Cf. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, ..., *op. cit.*, *passim*.

(22) É o caso de Ana Taveira da Fonseca e de Anne-Marie Stranart — V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 375-376, e ANNE-MARIE STRANART, *Comentário ao código civil: direito das obrigações*, “Les sûretés réelles traditionnelles: développements récents”, in *Les droit des sûretés*, Bruxelles, Éditiones du Jeune Barreau, 1992, p. 71, ss.

(23) V. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, ..., *op. cit.*, pp. 13-18. A tese do Autor não nega o direito de retenção como um direito real de garantia. Pelo contrário, “Seria,

II. O direito de retenção de coisa imóvel, ao abrigo da versão original do CC, também prevalecia sobre a hipoteca, mesmo que constituída anteriormente. Era o que resultava da letra do art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024.

A consequência material da norma era a de conferir um grau hierárquico à retenção acima de qualquer hipoteca que incidisse sobre a coisa retida. Tecnicamente, o n.º 2, do art. 759.º, do CC, pré-DL n.º 48/2024, pretendia regular especificadamente a prevalência de direito de retenção de coisa imóvel face à hipoteca que incidissem sobre a mesma coisa, pondo-o num lugar bastante elevado, apenas abaixo dos privilégios imobiliários especiais (art. 751.º, do CC). O n.º 2 distinguia-se, deste modo, do já referido art. 759.º, n.º 1, do CC, pré-DL n.º 48/2024, que estabelecia a faculdade de o retentor de coisa imóvel ser pago com preferência face aos demais credores do devedor, por aqui se tratar de uma questão de prevalência de direitos reais face a direitos de crédito e não de direitos reais sobre outros direitos reais de garantia. Por outro lado, com o art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024, pretendia-se excepcionar o princípio que os direitos reais anteriores prevalecem sobre os posteriores, pois, mesmo que a hipoteca fosse registada antes do direito de retenção, a retenção prevalecia sobre a hipoteca.

A origem do preceito reporta-se aos estudos de Vaz Serra, que afirmava que nos casos em que a retenção era motivada por um crédito que resultasse de despesas que concorressem para o valor da coisa, *i.e.*, despesas que, por resultarem do fabrico, conservação e melhoramento da coisa, aumentam o valor da coisa, a retenção deveria “ter preferência sobre todos os credores que se locupletariam à sua custa”, como seria o caso do credor hipotecário, mesmo que com base numa hipoteca registada anteriormente⁽²⁴⁾. Na medida em que a hipoteca abrange as benfeitorias feitas sobre a coisa por terceiro que não o devedor do credor hipotecário [art. 691.º, n.º 1, al. c), do CC], se o credor hipotecário com hipoteca anterior tivesse preferência sobre o retentor, então beneficiaria em primeiro lugar dos investimentos que o retentor tivesse feito sobre a

à sua maneira, uma forma de conceptualismo afirmar que por se tratar de um direito real o titular do direito de retenção poderia agredir bens de terceiro inteiramente estranhos ao seu crédito” (p. 16).

⁽²⁴⁾ V. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Direito de retenção”, ..., *op. cit.*, p. 200. Note-se que, nos termos do art. 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 31/2022, de 6 de maio, as hipotecas anteriores que garantam os ativos de cobertura das obrigações cobertas prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários e, por isso, conjugando a leitura da norma com o art. 751.º, do CC, sobre o direito de retenção — V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 370-371.

coisa, enriquecendo-se indevidamente⁽²⁵⁾. Por outro lado, o crédito do retentor é geralmente pequeno. Prejudicando o credor hipotecário, fazia-o apenas em pequena escala⁽²⁶⁾.

Se esta justificação era aceite pela maioria da doutrina⁽²⁷⁾, às situações de facto por ela latamente não abrangidas poder-se-ia, ao abrigo do CC, pré-DL n.º 48/2024, questionar o porquê de, havendo retenção sobre coisa imóvel, se atribuir igualmente preferência sobre hipotecas anteriores à retenção. Procurar o *porquê* da prevalência da retenção sobre hipotecas anteriores revelava-se essencial na medida em que o art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024:

- 1) aplicava-se indiscriminadamente às retenções de coisas imóveis, independentemente da conexão pressuposta à retenção;
- 2) consubstanciava uma exceção ao princípio que os direitos reais anteriores prevalecem sobre os constituídos posteriormente; e
- 3) atingia a solidez da garantia dada pela hipoteca, essencial à sua função como motor do progresso económico.

Que casos seriam esses? Em primeiro lugar, o de retenção de coisa imóvel que, em abstrato, preenchendo o art. 754.º, do CC, o crédito não resultasse de despesa sobre a coisa que fizesse aumentar o seu valor; em segundo, o de retenção de coisa imóvel permitida por conexão jurídica presente no art. 755.º, do CC⁽²⁸⁾.

III. O primeiro conjunto de situações captou menos atenção da doutrina. Muitos Autores, apesar de os distinguirem, estudaram o critério “despesas sobre as coisas” presente no art. 754.º, do CC, exclusivamente usando casos em que essas despesas trazem mais valias à coisa⁽²⁹⁾, ou seja, aumen-

(25) Cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 369.

(26) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 844.

(27) Por todos — V. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, p. 176. Contudo, há doutrina que, mesmo assim, criticou a solução do art. 759.º, n.º 2, do CC pré-DL n.º 48/2024 — V. MIGUEL LUCAS PIRES, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 192.

(28) É de esclarecer que as retenções do art. 755.º, n.º 1, als. a) e b), do CC, ao contrário das restantes alíneas desse número, são exclusivamente retenções sobre coisas móveis.

(29) Como exemplo — V. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Direito de retenção”, ..., *op. cit.*, p. 200, escrevendo que “O direito de retenção, de que estamos a tratar, verifica-se quando há um crédito por despesas feitas com a coisa. Esse crédito resultará normalmente de despesas com a fabricação, conservação ou melhoramento de coisa alheia”, passando depois a justificar a prevalência nos casos em que os credores podem locupletar-se à custa do retentor. A esta circunstância não pode ser olvidado

tos objetivos no seu valor ou a sua conservação, olvidando que pode haver despesas sobre a coisa sem esse resultado. Por exemplo, o empreiteiro que realize uma benfeitoria voluptuária sobre a coisa ou que objetivamente deteriore a coisa. Depois, as retenções motivadas por danos causados por causa das coisas, critério também presente no art. 754.º, do CC, verificam-se com maior primazia relativamente a animais ou coisas móveis.

Para Cláudia Madaleno, a conexão material pedida no art. 754.º, do CC, exigia que “da despesa feita resulte um benefício na coisa retida”⁽³⁰⁾. Ou seja, não se pode verificar uma conexão material se a despesa na coisa não trouxe a esta mais valias, porque a *razão de ser* da norma “reside na necessidade de evitar o enriquecimento sem causa de outros credores”, pois só assim se justifica a prevalência do crédito do retentor em relação a outros credores⁽³¹⁾. Deste modo, obstaculizava-se por consequência que créditos que resultassem de despesas feitas sobre a coisa que não se consubstanciassem em mais valias sobre a coisa materialmente retida pudessem ser objeto de uma garantia real que tinha preferência sobre as hipotecas anteriores, na medida em que não se estaria perante um direito de retenção legalmente constituído. Esta opinião não foi seguida⁽³²⁾. Em concreto, pensamos que a doutrina de Cláudia Madaleno é contraditada pela letra da lei, que não estabelece tamanha restrição no art. 754.º, do CC, assim como pelo facto de o direito de retenção fundado em conexão material não ser motivado pelo princípio da proibição do enriquecimento injustificado, apesar de poder garantir eventuais pretensões de enriquecimento sem causa (resultante de despesas efetuadas por outrem no incremento de valor em coisa alheia)⁽³³⁾. O que se podia afirmar como teleologicamente motivado pelo princípio da proibição do enriquecimento injustificado é a solução do art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024.

Depois, sobre os casos do art. 754.º, do CC, em que a conexão material se funda no dano que a coisa causou ao retentor, A. Luís Gonçalves, acompanhado por Cláudia Madaleno, defendeu que a preferência desta retenção sobre a hipoteca deve fundamentar-se na teoria do risco, da que resulta que se uma coisa causar danos, então o seu titular tem o dever de

que o direito de retenção parece ter surgido para proteger o possuidor que realizou benfeitorias — V. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, ..., *op. cit.*, p. 12.

(30) Cf. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, p. 93.

(31) Cf. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, p. 94.

(32) V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 311.

(33) V. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 798-803.

suportar os danos por ela causados⁽³⁴⁾. Contudo, somos da opinião que disto não resulta nenhuma justificação para a prevalência deste tipo de retenção sobre as hipotecas anteriores. Nem Vaz Serra logrou, a nosso ver, justificar o porquê de se conferir à retenção resultante de danos provocados pela coisa imóvel uma preferência face a hipotecas anteriores. Se, por um lado, diz “semelhante preferência (...) só poderia justificar-se pelo respeito a um sentimento vindicativo do ofendido”, sentimento esse que não é tutelado pelo direito civil; por outro, escreve que “O crédito anterior pode ser privilegiado, não dependendo o privilégio de data certa. Esses créditos, acompanhados de garantia, não podem deixar de ser respeitados. E o que se diz para o privilégio, dir-se-ia para qualquer garantia real. Simplesmente, conforme se conclui do que se disse a propósito dos privilégios, um conflito desta natureza não é fácil, visto que os privilégios normalmente se extinguem com a saída da coisa de determinada situação local”⁽³⁵⁾, pois tal não acontece no caso das hipotecas.

Em conclusão, parece que a doutrina não encontrou nenhuma justificação válida para fundamentar a preferência da retenção sobre as hipotecas anteriores neste conjunto de situações.

IV. O segundo conjunto de situações foi, parcialmente, objeto de maior aprofundamento pela doutrina. Dizemos parcialmente porque a doutrina apenas se focou sobre a prevalência do direito de retenção sobre hipotecas anteriores no caso de direito de retenção de beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, pelo crédito que, nos termos do art. 442.º, do CC, resulta do não cumprimento imputável à outra parte [art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC]. Pelo contrário, os Autores não se versaram com pormenor relativamente à prevalência da retenção resultante das restantes alíneas do art. 755.º, n.º 1, do CC, sobre as hipotecas anteriores. Quiçá porque estas últimas retenções incidem tipicamente sobre coisas móveis⁽³⁶⁾.

A grande maioria da doutrina, com exceção de, entre outros, Jorge Ribeiro Faria⁽³⁷⁾, partilhava críticas à preferência do direito de retenção do

(34) V. A. LUÍS GONÇALVES, “O direito de retenção e a sua aplicação aos contratos de promessa”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 3, ano XXX (jul.-set. 1988), pp. 273-284, p. 278, e CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, p. 174.

(35) Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Direito de retenção”, ..., *op. cit.*, pp. 201-202.

(36) Cf. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, pp. 173 e 234.

(37) Afirmando que a lei tomou uma boa posição em proteger o interesse do consumidor final face ao das instituições de crédito — V. JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO FÁRIA, *Direito das obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, p. 281.

promitente-comprador face a hipotecas anteriores⁽³⁸⁾. De acordo com António Menezes Cordeiro, o art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, quebrou o equilíbrio que se estabelecia entre a retenção e hipoteca consagrado no art. 759.º, n.º 2, do CC pré-DL n.º 48/2024, porque, para além de não ser justificada pelo princípio que proíbe o enriquecimento indevido, tendencialmente cobria créditos (os da restituição do sinal em dobro ou do valor do objeto do contrato, que derivam do art. 442.º, n.º 2, do CC), que podiam absorver a totalidade do valor das coisas retidas⁽³⁹⁾. Pires de Lima e Antunes Varela acrescentaram que a prevalência desta retenção do promitente que obteve a tradição da coisa sobre as hipotecas anteriores afetava a segurança e solidez do crédito hipotecário, com consequências para a obtenção de crédito⁽⁴⁰⁾, especialmente pelo facto do direito de retenção do promitente-comprador poder se consubstanciar numa garantia oculta. Por fim, o próprio promitente-comprador com tradição da coisa ficaria numa situação de tutela superior face ao comprador de um imóvel hipotecado⁽⁴¹⁾, para além de poder dar azo a simulações com o fim de prejudicar os credores hipotecários⁽⁴²⁾.

Neste conjunto de críticas, divergiam as opiniões sobre como superar os problemas associados à preferência desta retenção sobre hipotecas anteriores. Luís Menezes Leitão restringiu o âmbito de aplicação da norma, defendendo, por referência ao art. 442.º, do CC, que “a retenção não deve ser exercida em relação ao crédito da restituição do sinal em dobro, mas apenas em relação ao aumento do valor da coisa, se o credor optar por essa alternativa”, porque apenas este crédito teria uma conexão mais forte com a coisa retida⁽⁴³⁾. L. Miguel Pestana de Vasconcelos pugnou, fundado num

(38) Outra perspetiva nesta discussão foi a da bondade da própria atribuição de um direito de retenção ao promitente-comprador como mecanismo de defesa da sua posição. Apoiando a atribuição de um direito de retenção ao promitente-comprador — v. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, *Cadernos de direito privado*, n.º 33 (jan.-mar. 2011), pp. 3-29, p. 5.

(39) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 845.

(40) Cf. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 778.

(41) Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 241, e ISABEL H. MENÉRES CAMPOS, “O direito português da hipoteca”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV (2009), pp. 725-742, p. 740.

(42) Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. I, ..., *op. cit.*, p. 241.

(43) Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. I, ..., *op. cit.*, p. 242. Acompanhando esta posição — v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, VII, reimp., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 401-402. Criticando esta posição — v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, pp. 193-200, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ..., *op. cit.*, pp. 6-7, e M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de

argumento teleológico, pelo estabelecimento de critérios adicionais ao preenchimento do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC. O Autor afirmou que, tendo em consideração vários elementos hermenêuticos, em particular o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de novembro, a introdução do direito de retenção do promitente-comprador teve como objetivo o da tutela dos consumidores, deste modo, este direito real de garantia apenas podia ser invocado por consumidores. Na verdade, só aos consumidores é que a tutela forte dada pelo direito de retenção se encontra justificada⁽⁴⁴⁾. Cláudia Madaleno apontou para uma interpretação que afirmou mais atualista e conforme com o regime constitucional, no sentido de restringir a aplicação do art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024, a situações em que se justifique impedir o enriquecimento injustificado do credor hipotecário à conta do retentor^(45/46). Carlos Pereira de Abreu argumentou que apenas no caso de ser o titular de o direito de retenção a tomar a iniciativa de executar o imóvel é que essa garantia real prevaleceria sobre hipotecas anteriores⁽⁴⁷⁾.

Sobre este tema, a jurisprudência não logrou encontrar uma posição uniforme, mas, tendencialmente, o Supremo Tribunal de Justiça não aderiu a nenhuma das posições elencadas⁽⁴⁸⁾. Contudo, é de assinalar os Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência n.ºs 4/2014⁽⁴⁹⁾ e 4/2019, que assumindo a aplicação do art. 442.º, do CC, aos casos em que o administrador de insolvência recusa o cumprimento de um contrato-promessa que não tenha eficácia real depois de declarada a insolvência do promitente-vendedor⁽⁵⁰⁾, afirmaram que apenas o consumidor (definido como o pro-

retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, in *Revista de Direito Civil*, ano IX (2024), n.º 4, pp. 649-694, pp. 670-671.

(44) Cf. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ..., *op. cit.*, pp. 7-9. Criticando esta posição — v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, pp. 671-673.

(45) V. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, pp. 236-237.

(46) Note-se que o Tribunal Constitucional já decidiu de forma constante como não inconstitucional a prevalência do direito de retenção do promitente-adquirente sobre hipotecas anteriores — v. Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 374/03, 365/2004, 466/2004, 73/2011, entre outros.

(47) V. CARLOS PEREIRA DE ABREU, *O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*, Porto, Almeida e Leitão, Lda., 1998, p. 36.

(48) V. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2019, de 8 de fevereiro de 2022, de 28 de setembro de 2022, de 30 de novembro de 2022 e de 15 de outubro de 2024 (respetivamente, proc. n.ºs 503/16.5T8STB.E1.S1.S1, 1559/12.5TBBRG-R.G1.S1, 98/12.9TYVNG-C.P1.S1, 84/09.6TYVNG-F.P1.S1, e 1530/20.3T8CBR.C1.S1).

(49) Para análise das críticas a este acórdão de uniformização — v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, pp. 677-680.

(50) Posição depois contrariada no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2021 —

mitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular) gozava de direito de retenção estatuído no art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC. Esta uniformização de jurisprudência, apesar de elaborada apenas perante específicos casos de direito de insolvência⁽⁵¹⁾, justificava a sua interpretação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, com argumentos de natureza civil, que podiam ser usados na análise genérica de direito de retenção do promitente-comprador^(52/53).

Na nossa opinião, as orientações acima expressas afastavam-se da letra da lei, sem um mínimo de correspondência verbal. Ademais, não pareciam pressupor que a atribuição do direito de retenção presente no art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, foi motivada por fatores políticos e económicos conjunturais (inflação galopante), no sentido de proteger o promitente-comprador, e que a motivação legislativa de introdução do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, foi a de não haver dúvidas que a esse direito de retenção de imóvel devia ser conferida a preferência subjacente ao art. 759.º, n.º 2, do CC⁽⁵⁴⁾. Nesta senda, seguimos a posição de, por exemplo, Ana Taveira da Fonseca⁽⁵⁵⁾, de Pedro Romano Martinez e de Pedro Fuzeta da Ponte⁽⁵⁶⁾: qualquer restrição da prevalência do direito de retenção face a

v. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 426 e 472, e M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, pp. 683-684. Note-se que este último acórdão uniformizador pressupôs que o direito de retenção do promitente-comprador é conferido mesmo perante um crédito que não resulte das opções indemnizatórias postas no art. 442.º, do CC, não contradizendo diretamente o enunciado uniformizado nos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência n.ºs 4/2014 e 4/2019.

⁽⁵¹⁾ Muitos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça recusaram a restrição à aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, posta na jurisprudência uniformizada, por considerarem que não se estava num litígio em que o cumprimento do contrato-promessa havia sido recusado pelo administrador de insolvência — por todos, v. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de de 8 de fevereiro de 2022 e de 28 de setembro de 2022 (respetivamente, proc. n.ºs 1559/12.5TBURG-R.G1.S1, e 98/12.9TYVNG-C.P1.S1).

⁽⁵²⁾ Cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 382-383. No mesmo sentido — v. Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2015 e de 27 de novembro de 2019 (respetivamente, proc. n.ºs 1187/08.0TBTRM-A.C1.S1 e 1511/12.0TBURG-E.G1.S1).

⁽⁵³⁾ Note-se, contudo, que a solução posta no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 foi fortemente influenciada “pelo facto de a insolvência implicar, a par da liquidação total da massa insolvente, a convocação universal dos credores” — cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 (processo n.º 1242/10.6YYPR-T.A.P1.S1).

⁽⁵⁴⁾ V. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ..., *op. cit.*, p. 6.

⁽⁵⁵⁾ Cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 318-324.

⁽⁵⁶⁾ Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 230.

hipotecas anteriores apenas poderia ser cogitada *de iure condendo*, que devia ser realizada, porque os motivos conjunturais que levaram à tutela do promitente-adquirente nos termos feitos pelo regime do direito de retenção pré-DL n.º 48/2024 deixaram, desde a década de 1990, de se verificar. Ademais, na perspetiva da atual “crise da habitação”, a exigência de medidas que incentivam a construção de novos fogos pede soluções que privilegiam mais construções, o que se faz diminuindo os entraves económicos ao financiamento bancário dos empreiteiros (como era exemplo a preferência da retenção do promitente-adquirente sobre hipotecas anteriores).

Sobre os outros casos de direito de retenção com conexão jurídica que não a posta no art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, Cláudia Madaleno afirmou que não se justificava a preferência face a hipotecas anteriores, pois a mesma não visava evitar enriquecimentos injustificados⁽⁵⁷⁾. Duvidamos que assim seja, pois parece-nos haver certo tipo de casos de retenção de coisas imóveis que, incluindo-se apenas na previsão das als. c) a e), do n.º 1, do art. 755.º, do CC, a prevalência da retenção sobre hipotecas, mesmo que anteriores, se justifique ao abrigo do princípio de proibição do enriquecimento ilícito. Versar-nos-emos sobre este assunto abaixo, quando abordarmos o conceito de *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservar ou aumentar o valor da coisa*.

4. As alterações ao regime do direito de retenção provocadas pelo DL n.º 48/2024

i. Aspetos introdutórios

I. O DL n.º 48/2024 alterou o regime do direito de retenção sobre coisas imóveis.

Em primeiro lugar, nos termos da nova redação dada ao art. 759, n.º 1, do CC, apesar de se manter o poder na esfera do titular do direito de retenção sobre coisa imóvel de executar a coisa nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, restringe-se a possibilidade de o retentor ser pago com preferência face aos demais credores do devedor apenas aos casos em que a retenção seja relativa a um crédito que assegure o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida.

(57) V. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, pp. 178-179.

Em segundo lugar, ao abrigo do art. 759, n.º 2, do CC, o direito de retenção sobre coisa imóvel passa apenas a poder prevalecer sobre hipotecas, ainda que registadas anteriormente, nos casos em que o crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida.

II. Numa primeira observação, retira-se que o legislador pretendeu modificar o regime legal subjacente às preferências dadas ao direito de retenção no seu confronto com outros direitos, sejam direitos de crédito (art. 759.º, n.º 1, do CC), sejam hipotecas (art. 759.º, n.º 2, do CC).

Analisando o n.º 1, do artigo referido, se antes qualquer direito de retenção sobre coisa imóvel preferia sobre direitos de crédito, agora não, porque no caso em que o crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida (veremos em baixo que casos são esses), o titular do direito de retenção deixa de se poder fazer pagar em detrimento daqueles que apenas exibam a garantia geral. Depois, no n.º 2, se antes qualquer direito de retenção sobre coisa imóvel prevalecia sobre hipotecas, mesmo que constituídas anteriormente, agora não, pois tamanha prevalência apenas se confere aos direitos de retenção cujo crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa retida.

A abrangência desta alteração, apenas analisada a letra da lei, não transparece diretamente do preâmbulo do DL n.º 48/2024.

Ora vejamos, de acordo com o preâmbulo do DL n.º 48/2024, partindo-se de um contexto legal em que imperava “prevalência absoluta” do direito de retenção sobre a hipoteca, visou-se com a alteração legislativa proceder ao fortalecimento da hipoteca perante o direito de retenção. Consequentemente, alterou-se “o regime legal no sentido de condicionar a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada à circunstância de o crédito garantido assegurar o reembolso de despesas feitas com o imóvel que tenham contribuído para o conservar ou para aumentar o respetivo valor”⁽⁵⁸⁾.

Semelhante alcance também não era o que resultava da *Componente 18.3* do Plano de Recuperação e Resiliência (“PRR”), usada pelo legislador como uma das justificações para a modificação do regime do direito de retenção feita pelo DL n.º 48/2024, que apenas refere, no âmbito de entrada em vigor de um quadro jurídico revisto para a insolvência e

(58) Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho.

recuperação a “revisão do regime de preferência do direito de retenção no confronto com a hipoteca”.

É verdade que se entende que o preâmbulo, apesar de ter uma autoridade maior que a dada a outros elementos históricos não qualificados, não possui o mesmo valor que o texto da lei, pois apenas tem o sentido de esclarecimento da determinação legislativa. Deste modo, em caso de contradição entre o texto da lei e o seu preâmbulo, deve-se dar prevalência ao primeiro⁽⁵⁹⁾. Contudo, a diferença de amplitude entre a modificação ao regime do direito de retenção que o legislador apresentou no preâmbulo do DL n.º 48/2024 e a que parece resultar da letra da lei pode causar confusões aos operadores judiciais no momento de aplicar as normas alteradas, pelo que devia ter sido evitada.

ii. Crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida

I. O DL n.º 48/2024 introduziu um critério inovador ao regime do direito de retenção de coisa imóvel essencial para aplicação do art. 759.º, n.ºs 1 e 2 do CC.

No fundo, há que verificar se o direito de retenção é acessório a um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Se a resposta for positiva, o titular da retenção pode ser pago com preferência face aos demais credores do devedor e a sua retenção prevalece sobre hipotecas, mesmo que constituídas anteriormente.

Dada a tamanha relevância atribuída legalmente ao critério referido, há que proceder então à sua análise mais pormenorizada.

II. Observamos no capítulo anterior que a prevalência concedida pelo art. 759.º, n.º 2, do CC, pré-DL n.º 48/2024, apenas encontrava justificação jurídica no princípio da proibição do enriquecimento indevido.

Assim, nos casos em que não ocorria o risco de se verificar o locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor de coisa imóvel, não se alcançava uma razão que nos parecesse válida para a prevalência do direito de retenção de coisa imóvel sobre hipotecas constituídas anteriormente. Parte da doutrina, especialmente focada nos casos de prevalência

⁽⁵⁹⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 408-409.

do direito de retenção conferido ao promitente-comprador, sugeria que, *de iuri condendo*, o critério de prevalência dado na anterior redação do art. 759.º, n.º 2, do CC, devia ser restringido às situações em que efetivamente, pelo princípio da proibição do enriquecimento indevido, se justificava a preferência.

De uma análise da nova solução consagrada no art. 759.º, n.º 2, do CC, que condiciona a prevalência do direito de retenção sobre hipotecas, mesmo que anteriormente registadas, aos casos em que o direito de retenção tem por base um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, retira-se que o legislador seguiu o repto dado por esta doutrina e restringiu a solução da antiga versão do art. 759.º, n.º 2, do CC, às situações em que o princípio da proibição do enriquecimento indevido o justificava — daí a referência à *conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Tal se conclui igualmente do preâmbulo do DL n.º 48/2024, pois um dos motivos do legislador nesta alteração legislativa foi o “da limitação da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada aos casos em que a não consagração desta solução conduz ao locupletamento do credor hipotecário à custa do titular do direito de retenção”⁽⁶⁰⁾.

Constatámos igualmente que determinada doutrina escreveu que a própria natureza do direito de retenção devia ser diferente em função da conexão verificada. Se, nos casos em que a conexão é material, o direito de retenção devia ser um direito real de garantia, sendo a conexão jurídica, seria mais adequada uma natureza meramente obrigacional. Partindo do princípio que a expressão *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* preenche-se com maior naturalidade nos casos de conexão material do art. 754.º, do CC, e a sua verificação atribui prevalência à retenção de coisa imóvel sobre direitos de crédito (art. 759.º, n.º 1, do CC), podemos presumir que a intenção subjetiva do legislador foi a de aceder — um tanto quanto sem sucesso, como iremos ver ao longo do artigo — à orientação doutrinária elencada.

Analizando apenas a vontade presumida do legislador, pode-se questionar desde já o porquê de se impor uma dualidade de natureza ao direito de retenção de coisa imóvel, quando os mesmos motivos de se consagrar o direito de retenção derivado de conexão jurídica como um direito de retenção meramente obrigacional também se aplicariam à retenção de coisa móvel.

(60) Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho.

Deixe-se desde já claro que pensamos que o legislador não pretendeu consagrar subrepticiamente no art. 759.º, n.º 1, do CC, o critério analisado como constitutivo de direito de retenção⁽⁶¹⁾. Se tal resulta da letra do art. 759.º, do CC, que regula o regime do direito de retenção já constituído, e da história que precedeu a solução legal do DL n.º 48/2024, também deriva do facto de o legislador não ter alterado os arts. 754.º a 757.º, do CC.

III. Será que apenas as retenções de coisa imóvel baseadas numa conexão material estão incluídas no conceito de *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*? Em concreto, situações em que, conjugadamente: 1) o crédito garantido pela retenção resulta de *despesa feita por causa da coisa* (primeiro critério de conexão material posto no art. 754.º, do CC); e que 2) dessa despesa resulta uma *conservação ou aumento do valor da coisa retida*, verificado de forma objetiva. A letra da expressão posta no art. 759.º, n.º 1, do CC, não faz nenhuma referência ao art. 754.º, do CC, nem sequer utiliza exatamente a mesma terminologia. Ademais, pode haver casos não incluídos no art. 754.º, do CC, por não ter sido realizado uma *despesa feita por causa da coisa*, que o princípio da proibição do enriquecimento indevido pode justificar a prevalência da retenção de coisa imóvel sobre hipoteca registada anteriormente.

Normalmente, a expressão *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* aplicar-se-á aos casos em que a retenção de coisa imóvel preenche o primeiro critério de conexão material do art. 754.º, do CC, mas não necessariamente⁽⁶²⁾. Na grande maioria dos casos, o valor da coisa imóvel conserva-se (face às deteriorações normais do tempo) ou aumenta de forma objetiva por consequência de ações realizadas sobre a coisa. Ou seja, como resultado de ações que se incorporam na coisa. Na lógica do direito de retenção, o crédito que reembolsa as despesas resultantes de ações sobre a

(61) V. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, p. 689.

(62) Parecendo corresponder unilateralmente os casos em que o *crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* ao direito de retenção posto no art. 754.º, do CC, se bem que abordando a questão apenas na ótica do direito de retenção do promitente-adquirente — V. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, p. 689.

coisa é um crédito que advém de *despesas por causa da coisa*⁽⁶³⁾ e, se essas ações conservam ou aumentam o valor objetivo da coisa, então estamos perante um *crédito do retentor que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. É o caso em que, por exemplo, há um crédito indemnizatório do possuidor por benfeitorias necessárias que haja realizado na coisa imóvel (arts. 216.º e 1273.º, n.º 1, ambos do CC). Preenchendo-se os restantes requisitos constitutivos do direito de retenção, o possuidor pode reter a coisa ao abrigo do art. 754.º, do CC, e o seu crédito é, para efeitos do art. 759.º, do CC, um *crédito que assegura desembolso de despesas que deram azo à conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Note-se, no entanto, que não é por se considerar que se realizou uma benfeitoria⁽⁶⁴⁾, nem sequer uma simples intervenção direta sobre a coisa, que o crédito que assegura a despesa da sua realização se possa qualificar como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Em função da associação deste critério ao princípio de proibição do enriquecimento indevido que lhe subjaz, o crédito do retentor tem de corresponder ao desembolso de despesas para a conservação ou aumento objetivo do valor da coisa retida, considerações que, como vimos, não são tidas ao abrigo do art. 754.º, do CC.

Contudo, pensamos igualmente que pode haver casos em que o *crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* e a conexão entre o crédito do retentor e a coisa retida, não sendo material, por não haver uma *despesa por causa da coisa*, é de natureza jurídica (art. 755.º, n.º 1, do CC).

Imaginemos os seguintes exemplos:

1. Cícero celebrou com Plínio um contrato de depósito de coisa imóvel oneroso. Cícero, o depositário, guarda a coisa, cumprindo o contrato. Vamos imaginar que Cícero não realizou qualquer despesa sobre a coisa, no entanto, o ato de guardar a coisa garantiu, objetivamente, a sua conservação. Plínio não cumpre a obrigação contratual de retribuição e, por isso, Cícero retém o imóvel.

(63) Não nos parece que seja possível que, sendo a conexão motivada por *danos causados pela coisa* (conexão material posta na parte final do art. 754.º, do CC), o crédito indemnizatório do retentor possa ser qualificado como *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

(64) Definindo benfeitorias como intervenções sobre coisas que implicam alguma forma de melhoramento, posição que aderimos — v. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, 3.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2022, p. 194, ss.

2. Octaviano, posto-socorro, remove um veículo automóvel acidentado de uma ravina da estrada e guarda-o nas suas oficinas, pois o seu proprietário, Pompeu, encontra-se hospitalizado por virtude do acidente⁽⁶⁵⁾. Enquadrando-se o caso no âmbito de aplicação do instituto da gestão de negócios, Octaviano não realizou qualquer despesa sobre o veículo, no entanto, o ato de guardar a coisa garantiu, objetivamente, a sua conservação. Porque a tarefa de remoção e guarda de um veículo constitui a tarefa profissional de um posto-socorro, a gestão de negócios seria remunerada. Pompeu não cumpre a obrigação de renumeração e, por isso, Octaviano retém o veículo⁽⁶⁶⁾.

A pergunta que se coloca é: consistindo o crédito devido pelo depositante, Plínio, ao depositário, Cícero, [art. 1199.º, al. a), do CC] um crédito que fundamenta direito de retenção por conexão jurídica, nos termos do art. 755.º, n.º 1, al. e), do CC, assim como também acontece com a retribuição devida pelo *dominus* ao gestor de negócios, por aplicação do art. 470.º, n.º 1, do CC [art. 755.º, n.º 1, al. d), do CC], podem estes créditos ser qualificados como créditos que *asseguram o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, mesmo não se integrando no art. 754.º, do CC?

Tendo em consideração a letra da lei, mas igualmente a *ratio* que é objetivamente subjacente ao conceito analisado (princípio da proibição do enriquecimento indevido), pensamos que a resposta deve ser positiva.

No caso de depósito oneroso, a retribuição do depositante é pensada no contrato como a compensação material da atividade de guardar a coisa que o depositário realiza⁽⁶⁷⁾. Estamos perante um negócio oneroso, que implica esforços económicos de ambas as partes, plasmados porque se perspetivam vantagens patrimoniais corresponsivas⁽⁶⁸⁾. A retribuição é assim posta no depósito oneroso como elemento que reembolsa a desvan-

(65) V. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de abril de 1986 (proc. n.º 073621).

(66) O exemplo configura-se como um caso de direito de retenção a que se aplica o regime da retenção de coisa imóvel, na medida em que os veículos automóveis podem ser objeto de hipoteca [art. 688.º, n.º 1, al. f), do CC], mas não de penhor (art. 666.º, do CC).

(67) V. UWE HÜFFER, “§ 693 BGB”, in KURT REBMANN, FRANZ JÜRGEN SÄCKER, *et. al.* (org.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2005, p. 2875.

(68) V. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 5.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 400, ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 106, e JÖRG NEUER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13.ª ed., München, C.H. Beck, 2023, pp. 353-354.

tagem (o substrato material da existência de uma despesa) que o depositário sofreria caso o depósito fosse gratuito, por causa da realização da prestação. Deste modo, se a realização da prestação do depositário garantiu a conservação, então a retribuição enquadra-se literalmente como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação da coisa retida*. Este argumento não pode ser inteiramente aplicado no caso da gestão de negócios, na medida em que não é um contrato oneroso. Contudo, a retribuição do gestor posta no art. 470.º, n.º 1, do CC, visa evitar que o gestor, profissional na área gerida, fique privado de um lucro que conseguiria obter se não tivesse gerido o negócio⁽⁶⁹⁾. Também há aqui um fenómeno de reembolso pela desvantagem (ou seja, pela despesa) que a atividade de gestão (atividade profissional do gestor), que deu azo à conservação da coisa, implica, incluindo-se igualmente na letra do conceito analisado⁽⁷⁰⁾.

Curiosamente, noutro plano, os dois exemplos dados parecem evidenciar a tese de António Menezes Cordeiro sobre uma eventual proximidade entre os casos de conexão material e de conexão jurídica⁽⁷¹⁾, se bem que cada alínea do art. 755.º, n.º 1, do CC, tem de ser analisada de forma independente. Depois, reforça a ideia que um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* não está necessariamente relacionado com a realização de benfeitorias na coisa retida, nem com o fabrico da coisa retida, pois não tem de resultar de intervenções do retentor sobre a coisa. Partindo da letra da lei, estamos nos dois casos perante efetivos créditos que *asseguram o reembolso de despesas para a conservação do valor da coisa retida* sem que a retenção seja constituída ao abrigo do critério da conexão material posto no art. 754.º, do CC.

Por outro lado, verificando que o conceito analisado foi introduzido pelo legislador no seguimento da ideia de que a prevalência do direito de

(69) Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Gestão de Negócios”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 66 (1957), p. 216.

(70) Note-se que, assim, o conceito de *despesa* usado no art. 759.º, n.º 1, do CC, é mais amplo que o usado nos arts. 468.º, n.º 1, e 1199.º, n.º 1, al. b), ambos do CC. Por outras palavras, não é por estarmos perante um crédito de retribuição (no depósito oneroso) ou de remuneração (no caso de gestão de negócios) e não perante um crédito que seja derivado da obrigação de reembolso de **despesas** que fundamentadamente o depositário ou gestor de negócios tenham considerado indispensáveis [arts. 468.º, n.º 1, e 1199.º, n.º 1, al. b), ambos do CC], que pensamos que não se deva qualificar esse primeiro crédito como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, se a prestação principal do depósito oneroso ou a atuação do gestor remunerado, correspondendo à sua atuação profissional, der azo, por si só, à conservação ou aumento objetivo do valor da coisa.

(71) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 842.

retenção sobre hipotecas anteriores é materialmente justificada pelo princípio da proibição do enriquecimento indevido, então mais razão há para a inclusão dos exemplos apresentados na expressão créditos que *asseguram o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Efetivamente, parece-nos que neles existe efetivamente o risco de enriquecimento indevido do credor hipotecário se não for dada prevalência ao direito de retenção sobre hipoteca constituída anteriormente, pois não sendo dada, o valor resultante da venda judicial da coisa retida caberá em primeiro lugar ao credor hipotecário, que beneficia assim da conservação conseguida. A situação torna-se problemática se o valor da venda judicial for menor ou igual ao do crédito garantido pela hipoteca, pois o retentor depositário não verá o valor da coisa atribuído em primazia a si para satisfação do seu crédito intimamente relacionado com a conservação da coisa.

Deve também deixar-se claro que há pelo menos um caso de retenção fundada numa conexão jurídica do art. 755.º, n.º 1, do CC, em que excluímos a possibilidade de o crédito do retentor ser qualificado como um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Referimo-nos à retenção do promitente-adquirente posta no art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC. A bem ver, não pensamos que o crédito do retentor, resultante do não cumprimento do contrato-promessa pelo promitente-transmissário, possa ser literalmente qualificado como um crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Depois, os requisitos constitutivos desta retenção não evidenciam que seja possível haver casos em que, pela não prevalência do direito de retenção face a hipotecas, mesmo que constituídas anteriormente, se verifique um risco de locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor de coisa imóvel. Em função do debate sobre a prevalência do direito de retenção do promitente-adquirente relativamente às hipotecas anteriores, aplaudimos esta solução.

No cômputo global, o DL n.º 48/2024 optou bem por não consagrar um critério para a atribuição das prevalências elencadas ao direito de retenção de coisa imóvel que funcionasse em razão da aplicação dos arts. 754.º ou 755.º, ambos do CC, acabando por abranger casos de retenção do art. 755.º, do CC, em que se justificava efetivamente a preferência da retenção sobre hipotecas anteriores, apesar de, eventualmente, essa não ter sido a intenção subjetiva do legislador⁽⁷²⁾.

(72) Que, no domínio da interpretação, tem apenas um relevo subalterno — v. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, ..., *op. cit.*, p. 401.

IV. O segundo aspeto que pensamos ser de interesse abordar pode ser introduzido com o exemplo do direito de retenção do empreiteiro.

Não discutiremos aqui se o regime civil concede um direito de retenção ao empreiteiro. A maioria da doutrina e da jurisprudência concluem que sim, afirmando que o preço da empreitada é uma despesa feita por causa da coisa, integrando-se, assim, como um exemplo de conexão material do art. 754.º, do CC⁽⁷³⁾. Esta é uma solução que seguimos. Aliás, dizemos mais, o art. 754.º, do CC, não afasta da sua aplicação os casos em que ambos os créditos correspetivos (crédito do retentor e crédito de entrega da coisa retida) derivem do mesmo contrato, desde que se verifique uma conexão material entre a coisa e o crédito do retentor⁽⁷⁴⁾.

Ora, sobre o ponto que nos interessa, saber se o crédito do empreiteiro pode ser considerado um *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* depende do resultado da empreitada no valor objetivo da coisa. Normalmente, tal será o caso perante empreitadas de conservação, melhoramento e construção. Aliás, quando a lei se refere a *despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa* não pressupõe que a coisa exista antes da despesa ser realizada⁽⁷⁵⁾. Ademais, sabendo que a hipoteca que tem por objeto uma coisa rústica sem construção estende-se à construção posterior que se faz sobre essa coisa⁽⁷⁶⁾, a qual, aliás, aumenta normalmente e de forma objetiva o valor da coisa, excluir o crédito do empreiteiro que reteve a coisa construída da qualificação *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa* potenciará o risco de locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor. Isto aconteceria a não ser que, estando preenchidos os pressupostos da redução judicial da hipoteca, o empreiteiro, interessado na redução, a requeresse [art. 720.º, n.º 2, al. b), do CC].

Outro problema interessante põe-se porque o preço nestas empreitadas não corresponde materialmente às despesas que o empreiteiro teve na obra.

(73) Em pormenor, sobre este debate — v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais*, ..., *op. cit.*, pp. 241-261.

(74) Cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, “Artigo 754.º”, in JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (org.), *Comentário ao Código Civil, direito das obrigações: das obrigações em geral*, reimp., Lisboa, UCP Editora, 2021, pp. 1007-1008.

(75) Por referência à possibilidade de direito de retenção do empreiteiro — v. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 396.

(76) Sobre a extensão do objeto das hipotecas a construções, equiparando-as a benfeitorias para os efeitos do art. 691.º, n.º 1, al. c), do CC — v. ISABEL MENÉRES CAMPOS, “Artigo 691.º”, in JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (org.), *Comentário ao Código Civil, direito das obrigações: das obrigações em geral*, reimp., Lisboa, UCP Editora, 2021, p. 923.

Inclui igualmente o *lucro* do empreiteiro. Assim, podem surgir reservas na aplicação do regime de preferências associado ao *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* à parte do preço que corresponda apenas ao lucro do empreiteiro.

Vejam, o lucro não se configura como *despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Depois, a lógica do princípio da proibição do enriquecimento indevido favorece uma visão que deixa o lucro *de fora da equação*, pois a prevalência da hipoteca anterior face à retenção no que se refere à parte do crédito do retentor que é lucro não propicia o risco de locupletamento do credor hipotecário à custa do retentor.

Contudo, pensamos que a resposta pode ser encontrada no pensamento de Calvão da Silva. Este Autor, abordando a possibilidade de direito de retenção do empreiteiro, escreveu que não se justificava estar, dentro do preço, a separar aquilo que seria os custos dos materiais, retribuição dos serviços prestados e lucro do empreiteiro para efeitos de atribuição do direito de ser pago com preferência pelo valor da coisa objeto da empreitada⁽⁷⁷⁾. Primeiro porque, “difícilmente se saberá onde acaba a retribuição do trabalho e serviços incorporados na coisa (...) e onde começa o lucro”; depois porque a lei “fala de *crédito resultante de despesas feitas por causa da coisa e não propriamente do crédito das despesas*”⁽⁷⁸⁾. O primeiro argumento é inteiramente aplicável ao problema que temos em mãos. O segundo tem de ser confrontado com a expressão *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

Bem vistas as coisas, parece-nos que o legislador, ao se referir ao crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, está a nele incluir o lucro da empreitada. Consideramos que a resposta deve ser esta pois a lei não faz referência direta ao *crédito das despesas*, mas sim ao *crédito que assegura o reembolso de despesas* e, na lógica contratual da empreitada, negócio oneroso, o lucro do empreiteiro inclui-se no preço, todo ele considerado materialmente pelo empreiteiro que celebrou o contrato como a vantagem económica mínima para o reembolsar das despesas psicológicas, materiais, temporais, etc., que a realização da sua prestação principal implica. Se o cumprimento da pres-

(77) V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Separata do Vol. XXX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1987, p. 342, ss. Esta posição foi seguida no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de janeiro de 2014 (proc. n.º 1407/09.3TBAMT.E1.S1). Tomando uma posição contrária — V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, “Artigo 754.º”, ..., *op. cit.*, p. 1008.

(78) Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, ..., *op. cit.*, p. 343.

tação principal da empreitada deu azo à conservação ou aumento do valor da coisa, então todo o preço constitui o crédito que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa*.

Note-se que este raciocínio não se aplica apenas ao direito de retenção do empreiteiro. Ele tem igual importância perante todas as retenções integradas no quadro de uma relação jurídica que deriva de contratos onerosos sinalagmáticos ou de uma gestão de negócios remunerada, independentemente de estarmos num caso de retenção do art. 754.º, do CC, ou do art. 755.º, do CC. Veja-se que a dúvida na qualificação do lucro como *crédito que assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* pode ser colocada, por exemplo, no caso de depósito oneroso ou da gestão de negócios remunerada que acima apresentámos, aplicando-se, a nosso ver, a mesma resposta que coube ao lucro no preço da empreitada para solucionar a contenda.

iii. A prevalência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com direitos de crédito e com a hipoteca e a sua qualificação

I. Tratado o critério que faz espoletar o novo regime de preferência do direito de retenção de coisa imóvel, é chegado o momento de analisar as preferências que a lei retira ao direito de retenção de coisa imóvel no seu confronto com os direitos de crédito e com a hipoteca.

II. Como vimos, a alteração que o DL n.º 48/2024 realizou no CC restringiu a preferência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com direitos de crédito, pois, no regime atual, o retentor pode ser pago com preferência aos demais credores do devedor apenas quando o *crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. O mesmo aconteceu na prevalência dada ao direito de retenção de coisa imóvel em confronto com a hipoteca, mesmo que constituída anteriormente. Tal não era o caso no regime anterior, no qual o retentor de toda a retenção sobre coisa imóvel fundada no CC podia ser pago, com o valor da venda judicial da coisa, em preferência face aos demais credores do devedor e tinha sempre preferência sobre a hipoteca, mesmo que constituída anteriormente.

Contudo, há um aspeto da norma que se mantém intocado pela alteração legislativa analisada: o retentor de coisa imóvel, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar tal como o credor hipote-

cário, independentemente de o crédito do retentor *assegurar o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

Esta é a interpretação que resulta do confronto entre as duas versões do art. 759.º, do CC, respetivamente, prévias e posteriores ao DL n.º 48/2024.

III. Cabe resolver uma pelo menos aparente contradição existente no art. 759.º, n.ºs 1 e 2, do CC.

A que contradição nos referimos? O CC afirma que em todos os casos de retenção de coisa imóvel, o retentor, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar tal como o credor hipotecário. Por outro lado, só nas situações em que o crédito do retentor de coisa imóvel *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* é que o retentor tem o direito a ser pago pelo valor da coisa com prevalência face aos demais credores do devedor e face a hipotecas, mesmo que registadas anteriormente. O problema é que o credor hipotecário tem o direito a ser pago com preferência face aos demais credores do devedor pelo preço da venda judicial da coisa hipotecada, bem como em preferência face aos demais credores hipotecários que tenham, sobre a mesma coisa, hipotecas registadas posteriormente à sua.

Numa primeira observação, pensamos que esta contradição é meramente aparente, pois o objeto a que estas três partes do art. 759.º, n.ºs 1 e 2, do CC, se referem é distinto. A primeira parte, alude à faculdade de execução da coisa, *i.e.* o poder de requerer a penhora da coisa e o poder de promover a sua venda judicial de modo a realizar o valor da obrigação incumprida⁽⁷⁹⁾, nos termos próprios em que o pode fazer o credor hipotecário; a segunda e a terceira parte, apontam para as normas de direito material que estabelecem a preferência do credor retentor sobre os restantes credores do devedor, assim como sobre o credor hipotecário, na distribuição do valor da venda judicial da coisa retida.

Ao aludir à faculdade de execução da coisa tal como o credor hipotecário, pensamos que, essencialmente, o artigo faz referência ao disposto no art. 752.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (doravante, “CPC”)⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, pp. 614-615.

⁽⁸⁰⁾ Admitindo-se a retenção de coisa de terceiro e a oponibilidade do direito de retenção contra o terceiro adquirente da coisa fora da execução, a referência à *faculdade de execução da coisa tal como o credor hipotecário* remeterá nestes casos o intérprete, não para o art. 752.º, n.º 1, do CPC, mas sim para o art. 54.º, n.º 2, do CPC, que atribui legitimidade passiva ao terceiro proprietário do bem objeto de garantia não titular da obrigação na ação executiva. Sobre o art. 54.º, n.º 2, do CPC — v. RUI PINTO, *A ação executiva*, reimp., Lisboa, AAFDL Editora, 2023, pp. 286-289.

De acordo com a letra do art. 752.º, n.º 1, do CPC, se o retentor interpuser uma ação executiva contra o devedor, para execução da dívida que fundamentou a retenção, a penhora iniciar-se-á pela coisa retida, desde que esta pertença ao devedor. O artigo mencionado tem uma íntima relação com a norma estatuída no art. 697.º, do CC, que confere ao devedor dono da coisa hipotecada o direito de se opor a que outros bens sejam penhorados na execução enquanto não se reconhecer a insuficiência da coisa objeto da garantia⁽⁸¹⁾. Ambos são manifestações da chamada subsidiariedade forte invertida: havendo garantia real, só se pode executar o bem objeto da garantia; apenas se passa para o património do devedor na insuficiência daquela⁽⁸²⁾. Aliás, por mera referência à letra da lei atual, esta característica é aplicável à hipoteca, ao penhor (art. 678.º, do CC), e consequentemente, à retenção de coisas móveis (art. 758.º, do CC), e também a todas as retenções de coisas imóveis (n.º 3, do art. 759.º, do CC). Nesta lógica, faz sentido que o legislador tenha mantido o pressuposto negativo presente no art. 756.º, al. c), do CC, i.e., que não há direito de retenção relativamente a coisas impenhoráveis, para o direito de retenção que analisamos.

Ao referir que só nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* é que o retentor tem o direito a ser pago pelo valor da coisa retida com prevalência face aos demais credores do devedor, o art. 759.º, n.º 1, do CC, visa recusar aos restantes casos de direito de retenção sobre coisas imóveis a qualidade de causa legítima de preferência no concurso de credores, integrando estes retentores no seio do princípio geral da *par condicio creditorum*. Pensamos que esta estatuição legal, confrontada com o regime do direito executivo, não é tão óbvia como a norma quer fazer parecer, mas trataremos melhor em baixo sobre este ponto.

Ao estabelecer que só nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* é que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, pretende-se restringir os casos

(81) Contudo, apesar de o art. 697.º, do CC, visar proteger o devedor, consagrando na sua esfera uma exceção em sentido próprio, o art. 752.º, n.º 1, do CPC, consagra esta tutela de uma outra forma, pois obriga a que a penhora se inicie pelos bens do devedor executado objeto de retenção realizada pelo exequente — V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Artigo 697.º”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil comentado*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2021, p. 859, e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ARMINDO RIBEIRO MENDES e ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. 3.º, Coimbra, Almedina, 2022, p. 567.

(82) V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., op. cit., pp. 188-189.

excepcionais de prevalência de um direito real constituído posteriormente sobre um direito real anterior ao direito de retenção de coisa imóvel que o crédito do retentor *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Na linha do que escrevemos acima, houve a intenção de limitar os casos abrangidos por esta exceção aos em que o princípio do enriquecimento indevido pede efetivamente uma preferência da retenção de coisa imóvel sobre hipotecas anteriores. Ademais, o art. 759.º, n.º 2, do CC, vai mais além: rejeita a prevalência do direito de retenção de coisa imóvel sobre qualquer hipoteca, posterior ou anterior, quando o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, até porque não faria sentido não prevalecer sobre os credores comuns do devedor e preferir sobre hipotecas anteriores⁽⁸³⁾.

Na esteira de M. Januário da Costa Gomes, o que agora parece ocorrer é que o direito de retenção analisado “claudica em sede de preferência em situações de graduação de créditos, mormente perante a hipoteca”⁽⁸⁴⁾, apesar do art. 604.º, n.º 2, do CC, continuar a referir o direito de retenção como uma causa legítima de preferência, sem distinguir os diversos tipos de retenção. A natureza enunciativa⁽⁸⁵⁾ e dispensável do art. 604.º, n.º 2, do CC, que agrupa causas legítimas de preferência estabelecidas no regime próprio dos direitos reais de garantia referidos, assim como o carácter excecional das normas que estabelecem uma causa legítima de preferência no concurso de credores em confronto ao princípio geral da *par condicio creditorum*, impedem que deste artigo se retire uma orientação contrária à expressa. Contudo, teria sido útil, para evitar dúvidas, que o legislador tivesse igualmente modificado o art. 604.º, n.º 2, do CC, adequando-o às alterações consagradas pelo DL n.º 48/2024.

IV. Será que, assim, um direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da*

(83) Contra — V. ISABEL CRISTINA VASCONCELOS, *Hipoteca e direito de retenção em face da insolvência do promitente-vendedor*, Coimbra, Almedina, 2025, p. 100.

(84) Cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, p. 689.

(85) António Menezes Cordeiro usa a expressão “enumerar” ao comentar o art. 604.º, n.º 2, do CC — V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Artigo 604.º”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil comentado*, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2021, p. 669.

coisa retida continuaria a poder ser qualificado como um direito real de garantia?

Vejamos as definições de direito real de garantia apresentadas pela doutrina portuguesa. De acordo com algumas dessas definições, os direitos reais de garantia são, em traços gerais, direitos que conferem uma preferência sobre todos os credores comuns do devedor relativamente ao valor de uma coisa, para pagamento de um crédito do seu titular⁽⁸⁶⁾. Deste modo, este direito de retenção não poderia continuar a ser qualificado como um direito real de garantia, pois não atribui esta preferência. No entanto, para outros a preferência do titular do direito real de garantia sobre o valor da coisa face aos credores comuns do devedor é apontada não como um elemento da sua definição, mas como uma característica do seu regime⁽⁸⁷⁾, ou consequência do conceito de direito real⁽⁸⁸⁾, associada à afetação da coisa ao titular do direito real de garantia⁽⁸⁹⁾. É o caso dos Autores que qualificam os direitos reais de garantia como os direitos que conferem o poder de, mediante um ato de disposição da coisa (nos termos da lei processual), assegurar a realização de uma obrigação à custa do valor dessa coisa⁽⁹⁰⁾.

Por exemplo, para António Menezes Cordeiro, um direito real de garantia constitui uma permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea, em termos de assegurar o cumprimento de uma obrigação⁽⁹¹⁾. Porque o aproveitamento de uma coisa visa assegurar o cumprimento de uma obrigação (função de garantia), isto significa que esse aproveitamento é limitado, variando, aliás, em concreto, em função do direito em causa⁽⁹²⁾. O direito real de garantia proporciona sempre a facilidade de execução de uma coisa para realização de um crédito. Contudo, são as prerrogativas reais associadas à natureza real do direito que justificam a

⁽⁸⁶⁾ V. CARLOS MOTA PINTO, *Direitos reais*, (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga), Coimbra, Almedina, 1971, p. 135, ss, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 255, A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, 7.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2020, p. 57, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos reais*, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 96, e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., *op. cit.*, p. 68.

⁽⁸⁷⁾ V. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, Almedina, 1990, *Obrigações reais e ónus reais*, ..., *op. cit.*, p. 78, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 303.

⁽⁸⁸⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: reais*, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 629.

⁽⁸⁹⁾ V. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 303.

⁽⁹⁰⁾ V. PIRES DE LIMA, *Lições de direito civil: direitos reais*, (por David Augusto Fernandes), 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1958, p. 59, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, ..., *op. cit.*, p. 76, e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 100.

⁽⁹¹⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 614.

⁽⁹²⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 614.

atribuição de uma prevalência na realização da coisa face aos credores que apenas exibam a garantia geral⁽⁹³⁾. Por outras palavras, por ser inerente a uma coisa corpórea, um direito real prevalece sobre os direitos de crédito⁽⁹⁴⁾.

O que pretendemos discernir é a inclusão da prevalência dos direitos reais de garantia sobre os direitos de crédito como um elemento essencial de um direito real de garantia — achamos que tal não deve ser o caso. O fenómeno de prevalência está de facto associado ao conteúdo do regime de cada um dos direitos reais de garantia perante um conflito com outros direitos, conteúdo esse que é justificado pela característica da inerência, presente nos direitos reais. Por exemplo, para Paulo Cunha, um direito real de garantia seria o direito que atribui ao seu titular os poderes necessários para que o valor de uma coisa fique adstrito à garantia de um crédito do titular do direito⁽⁹⁵⁾. Um desses poderes consiste na possibilidade de o seu titular dar a coisa, objeto do direito real de garantia, diretamente à execução. Outro, o de pelo valor da coisa, o credor fazer-se pagar preferencialmente⁽⁹⁶⁾. Para Pires de Lima, “O direito real **confere** ao seu titular o direito de excluir em primeiro lugar todos aqueles que têm somente um direito de crédito e em seguida todos os que têm um direito real posterior” (sublinhado nosso)⁽⁹⁷⁾. Tudo conjugado, o direito real de garantia não o é por ser prevalente, mas concede prevalência. No entanto, analisados os regimes específicos de figuras comumente qualificadas como direitos reais de garantia, verificamos que não seguem à risca a preferência típica dos direitos reais sobre outros direitos, sem haver consequências de maior para a sua qualificação como direitos reais de garantia: é o caso dos privilégios mobiliários gerais do art. 736.º, do CC, que, não sendo direitos reais, prevalecem sobre privilégios creditórios especiais, direitos reais de garantia [art. 747.º, n.º 1, al. a), do CC]⁽⁹⁸⁾.

Perante este estado de coisas, parece-nos que não há obstáculo à qualificação do direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* como um direito real de garantia apenas por não este conferir ao seu titular uma causa legítima de prevalência no concurso de credores. Voltando à definição de António Menezes Cordeiro, a qualificação como um direito real de garantia depen-

(93) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 615.

(94) Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: reais*, ..., *op. cit.*, pp. 628-631, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, XIII, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 271-273.

(95) Cf. PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações*, Tomo II, ..., *op. cit.*, p. 123.

(96) Cf. PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações*, Tomo II, ..., *op. cit.*, p. 132.

(97) Cf. PIRES DE LIMA, *Lições de direito civil: direitos reais*, ..., *op. cit.*, pp. 54-55.

(98) V. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 53.

derá sim deste direito traduzir-se numa permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea, em termos de assegurar o cumprimento de uma obrigação. Os direitos reais de garantia asseguram o cumprimento de uma obrigação atribuindo ao seu titular os poderes de requerer a penhora da coisa objeto do direito e de “promover a sua venda judicial, de modo a realizar o valor correspondente ao da obrigação inadimplida”⁽⁹⁹⁾. Agora, o grau em que se efetivamente *assegura* o cumprimento de uma obrigação varia conforme o regime de cada direito real de garantia e também da realidade da situação concreta. Na prática, a existência de um direito real de garantia pode até não assegurar o cumprimento de uma obrigação se existirem sobre a mesma coisa outros direitos reais de garantia graduados acima do primeiro que, se exercidos, consomem na totalidade o valor da coisa. Não é pela variação deste grau que estas figuras deixam de ser qualificadas como direitos reais de garantia.

Vendo bem a coisa, o direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, confere os poderes de requerer a penhora da coisa objeto do direito e de promover a sua venda judicial, de modo a realizar o valor correspondente ao da obrigação inadimplida. Por referência à expressão legal *faculdade de executar a coisa, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário*, este retentor pode promover diretamente a venda judicial do específico bem objeto da retenção, de modo a realizar o valor correspondente ao da obrigação incumprida. Ou seja, sendo patente que este direito de retenção consiste na permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa, esse aproveitamento visa assegurar o cumprimento de uma obrigação, consagrando-se como um direito real de garantia.

Por outro lado, este direito de retenção assegura o cumprimento da obrigação porque, normalmente e como acima referido, a retenção da coisa tem associado a si uma função compulsória⁽¹⁰⁰⁾, que se propõe a tutelar o interesse do credor no cumprimento.

⁽⁹⁹⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, pp. 614-615.

⁽¹⁰⁰⁾ Por vezes qualificada como uma garantia indireta — v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “O direito de retenção no contrato de empreitada”, *O direito*, anos 106 a 119 (1987), pp. 13-34, pp. 16-17. Esta discussão é tida face à exceção de não cumprimento. Afirmando que, por força da sua função compulsória, a exceção de não cumprimento constitui uma garantia indireta — v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 309-310. Negando a sua qualificação como garantia, porque a exceção não alarga nem refina a massa patrimonial responsável — v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 79.

V. Definido este direito de retenção como um direito real de garantia, será que constitui uma garantia real? A pergunta pode parecer sem utilidade, porque é hoje prevalente na doutrina a ideia de que sempre que existe um direito real de garantia há uma garantia real. Contudo, pensamos que há interesse em colocar a questão perante um direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, até porque os conceitos de direito real de garantia e de garantia real não são coincidentes⁽¹⁰¹⁾. É que chegados ao ponto em que concluímos estar perante um direito real de garantia, podemos não estar perante uma garantia real.

O busílis da interrogação parte da ideia de que toda a garantia real tem a si associado um título de preferência. Apesar de indicar, como escrevemos em cima, que um direito real de garantia seria o direito que confere ao seu titular os poderes necessários para que o valor de uma coisa ficasse adstrito à garantia de um crédito do titular do direito, Paulo Cunha afirmava que uma garantia real existe quando encontramos a vinculação ou afetação de bens quer do próprio devedor quer de terceiro ao pagamento preferencial de certas dívidas⁽¹⁰²⁾. Por sua vez, M. Januário da Costa Gomes indicou que uma garantia real deve corresponder à reserva de um objeto de satisfação preferencial⁽¹⁰³⁾. Este pensamento vem na esteira de um outro que defende que “Falar em *garantia* (...) supõem necessariamente que haja um aumento da possibilidade ou da probabilidade da satisfação do crédito”, que se consegue, por exemplo, através da *reserva* de determinado bem⁽¹⁰⁴⁾. Sendo que a ideia de *reserva* de uma coisa está associada à preferência que o titular da garantia real tem sobre o valor do bem objeto da garantia⁽¹⁰⁵⁾. No fundo, para esta visão, é através de um título de preferência que uma garantia real se constitui como uma garantia, pois, só assim, se refina a massa patrimonial responsável, de modo a aumentar a probabilidade da receção da prestação devida⁽¹⁰⁶⁾.

(101) Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, ..., *op. cit.*, p. 255.

(102) Cf. PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações*, Tomo II, ..., *op. cit.*, pp. 9-11, 113, 117-118.

(103) V. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 18, 46-47.

(104) Cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, ..., *op. cit.*, p. 1212.

(105) Cf. FRITZ BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 10.^a ed., München, C.H. Beck, 1978, p. 300, e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., *op. cit.*, p. 71.

(106) Utilizando a expressão “posição jurídica adicional” e “refinar a massa patrimonial responsável” — V. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, ..., *op. cit.*, pp. 47 e 79.

Como vimos, o direito material não atribui uma preferência genérica do retentor sobre o bem retido quando estamos perante um direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Por causa disto, o reforço qualitativo que este direito de retenção dá ao seu titular na probabilidade de satisfação do seu crédito é diminuto face ao tipicamente, e em abstrato, dado pelas restantes garantias reais⁽¹⁰⁷⁾.

Contudo, existe algum aumento de probabilidade de satisfação do crédito por causa da retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* em comparação com um simples credor comum do devedor. Se o art. 759.º, n.º 1, do CC, continua a conferir a esta retenção a *faculdade de executar a coisa, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário*, a penhora (aqui a da coisa imóvel retida) constitui legalmente uma causa legal autónoma de preferência (art. 822.º, do CC), sendo que os restantes credores comuns do devedor não são chamados à execução⁽¹⁰⁸⁾. Ademais, o retentor desta retenção vê tutelado o controlo material da coisa imóvel retida⁽¹⁰⁹⁾, continuando a ser um *direito sobre uma coisa*⁽¹¹⁰⁾, e, pode materialmente protegê-la de deteriorações. É verdade que a preferência posta no art. 822.º, do CC, reporta-se à penhora, não ao direito de retenção, mas é por força deste direito de retenção que se tem juridicamente tutelada uma certa posição sobre a coisa que faculta ao retentor o seu controlo e a sua proteção fáctica e lhe possibilita que *leve a coisa* à ação executiva, na qual gozará, depois da penhora da coisa retida, a preferência posta no art. 822.º, do CC, em prejuízo dos restantes credores comuns do devedor e de quem apresente garantia real sobre a coisa posterior à penhora.

Por isso, pensamos que este direito de retenção pode ser categorizado como atribuindo ao seu titular uma garantia real, pelo menos, *num sentido*

(107) Utilizando a expressão de L. Miguel Pestana de Vasconcelos — V. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., *op. cit.*, p. 67, ss.

(108) Cf. CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores: expectativa vs. realidade: do cumprimento voluntário à insolvência-liquidação*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 52-53.

(109) Gozando inclusivamente de mecanismos de tutela do possuidor — V. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantia das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 240.

(110) Qualificando *garantias reais* como as garantias que consistem na atribuição de um direito sobre uma coisa por forma a assegurar um crédito — V. PETER BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten: Sachen und Rechte, Personen*, 10.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2021, pp. 4-5.

amplo⁽¹¹¹⁾, o que não lhe retira a qualificação de um autêntico direito real de garantia, pois a definição de direito real de garantia acima seguida, uma permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea, *em termos de assegurar o cumprimento de uma obrigação*, faz apenas depender a qualificação de um direito real de garantia da funcionalização do aproveitamento da coisa à diminuição do risco de uma obrigação, e tal é realizado em parte pelo que indicámos ser o substrato subjacente à garantia real definida *num sentido amplo*.

V. Se esta distinção de referências do novo art. 759.º, n.º 1, do CC, e a natureza do direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* como direito real de garantia parece ser formalmente correta, ela pode suscitar a seguinte dúvida material.

A subsidiariedade forte invertida, apesar de tutelar o devedor, justifica-se porque há uma coisa sua especialmente afeta ao cumprimento de uma obrigação⁽¹¹²⁾, ou seja, é uma manifestação da inerência própria de um direito real de garantia. Também o parece ser a prevalência do direito real sobre um direito de crédito, pelo menos de acordo com Oliveira Ascensão e com António Menezes Cordeiro. Podem então estas duas expressões da inerência não coexistir na mesma figura real?

Pensamos que sim. Na verdade, as manifestações da inerência própria de um direito real de garantia que elencámos revelam o grau de ligação com a coisa que o regime jurídico do direito real em causa transmite. A verificação de uma não implica necessariamente a outra, o grau de inerência próprio do direito em causa é que é menor. Este direito real de garantia é expressão disso mesmo, pois, pelo seu regime, o direito de retenção de coisa imóvel em que o crédito do retentor não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* não tem uma ligação com a coisa objeto do direito tão intensa como outros direitos reais de garantia, por exemplo, a hipoteca ou uma retenção de coisa móvel.

(111) Usando a expressão *garantia em sentido amplo* — v. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., *op. cit.*, pp. 685-686.

(112) Cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ARMINDO RIBEIRO MENDES e ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. 3.º, Coimbra, Almedina, 2022, p. 566.

VI. A atribuição de natureza real a este direito de retenção traz algumas valências na análise de certos aspetos desta figura. Em concreto, sobre a sua oponibilidade *erga omnes*: deve este direito de retenção, depois de constituído, manter-se com todas as suas características mesmo que a coisa retida seja alienada a terceiro fora do quadro de uma ação executiva?

Vejam, um direito real é um direito inerente a uma coisa. Este direito de retenção continua a ser um direito a que se pode indubitavelmente dizer como inerente a uma coisa, existindo sempre em conexão com a coisa retida e extinguindo-se, por exemplo, quando a coisa retida se destrói na sua totalidade⁽¹¹³⁾. Consequência dinâmica da inerência está a sequela, que nos diz que havendo a conexão entre a coisa e o direito, o titular pode atingir a coisa onde ela estiver⁽¹¹⁴⁾.

Contudo, vimos igualmente em cima que as manifestações de inerência com a coisa que este direito perpassa é menor face aos outros direitos de retenção. Ademais, Júlio Gomes argumenta que apenas nos casos em que a conexão entre a coisa e o crédito do retentor é de ordem material (art. 754.º, do CC) é que se justifica a oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção, porque só aí há uma relação direta entre a coisa e o crédito retido, a ponto de se poder quase dizer que o crédito do retentor deve “seguir” a coisa, independentemente de já não ser propriedade do devedor⁽¹¹⁵⁾. Fundada numa mera relação contratual, seria mais difícil aceitar uma retenção oponível *erga omnes* e, a ser defendida, serviria para, na prática, substituir um devedor sem um fundamento justificado para o efeito, pois o novo proprietário da coisa, não sendo o devedor do retentor, teria de realizar a prestação do devedor perante o retentor para poder ver a sua coisa restituída⁽¹¹⁶⁾.

O que dizer sobre isto? Em primeiro lugar, este direito de retenção continua a conter manifestações de inerência, próprias de um direito real que é⁽¹¹⁷⁾. Por outro lado, apesar de apelativa, a argumentação de Júlio

(113) Cf. FRANCISCO ROCHA, “Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria”, ..., *op. cit.*, p. 616.

(114) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, XIII, ..., *op. cit.*, p. 268, e *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 615

(115) Cf. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, ..., *op. cit.*, p. 13.

(116) Cf. JÚLIO GOMES, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, ..., *op. cit.*, p. 16.

(117) MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS parecem defender que, se não é dada oponibilidade *erga omnes* a um direito de retenção é porque aquele direito não se chegou a constituir como um direito real de garantia, apenas pode ser um direito de retenção obrigacional — v. MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”, ..., *op. cit.*, p. 190.

Gomes não pode ser totalmente transcrita para este direito de retenção, pois, de acordo com o suprarreferido, não há uma total correspondência entre a aplicação dos arts. 754.º e 755.º, ambos do CC, e o crédito do retentor, respetivamente, assegurar ou não assegurar *o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. Ademais, a oponibilidade *erga omnes* garante igualmente a eficácia funcional do direito de retenção, especialmente a sua função compulsória que se mantém neste direito de retenção. Por fim, o facto deste direito de retenção não conceder prevalência sobre os direitos de crédito não pode ser um argumento contra a oponibilidade *erga omnes*, pois aqui estamos perante o domínio da sequela, manifestação da inerência diferente da prevalência sobre os direitos de crédito.

Desta forma, independentemente de aquisições posteriores da coisa, este direito de retenção aparenta prevalecer sempre que a alienação da coisa a terceiro for contemporânea ou posterior à constituição do direito de retenção fora do quadro da ação executiva⁽¹¹⁸⁾. Esta resposta também podia ser justificada com o princípio que os direitos reais anteriores prevalecem sobre os posteriores^(119/120).

(118) Cf. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, p. 689, e, antes do DL n.º 48/2024, ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 299.

(119) Cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, p. 300.

(120) Outra questão muito próxima com a da oponibilidade *erga omnes*, e, por isso, por vezes tratada em conjunto, é a de saber se se pode invocar direito de retenção quando a coisa retida é, ao momento da constituição do direito de retenção, de terceiro que não é o devedor. O problema é distinto porque agora não é sobre a amplitude da sequela no direito de retenção, mas sim sobre a eventual admissibilidade para constituição do direito de retenção ou legitimidade para oneração da coisa. A letra da lei parece permitir a invocação de direito de retenção nesses casos, não especificando que a coisa retida tenha de ser do devedor. Por outro lado, a eficácia funcional do direito de retenção exigiria que a retenção fosse admissível quando o dono da coisa não é o devedor. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, X, ..., *op. cit.*, p. 839, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial): contratos*, 2.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 378-379, e FRANCISCO ROCHA, “Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria”, ..., *op. cit.*, pp. 627-630. Negando o direito de retenção sobre coisas de terceiro, porque o proprietário não deu o seu consentimento à oneração da coisa — v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 299-301. Não aderimos a esta última posição, pois o direito de retenção é de constituição *ex lege*.

iv. Direito de retenção em que o crédito do retentor não assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida no direito executivo e no direito da insolvência

I. O novo regime posto para o direito de retenção de coisa imóvel nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* pode trazer algumas dúvidas sobre a aplicação de determinadas normas de direito executivo: será que este direito de retenção caduca com a venda judicial do bem retido? Será que o titular do direito de retenção pode pedir embargo de terceiro se, não sendo parte da ação executiva, for penhorado o bem retido? Será que este retentor pode reclamar os seus créditos na ação executiva?

A doutrina debateu a caducidade do direito de retenção, em geral, com a venda judicial do bem retido⁽¹²¹⁾. António Menezes Cordeiro defendeu que o direito de retenção não caducava com a venda judicial do bem retido⁽¹²²⁾. No entanto, a maioria da doutrina e jurisprudência é a favor da posição inversa, que, no nosso entender, é a que mais se adequa ao sistema executivo vigente⁽¹²³⁾. Assim, o direito de retenção, como um direito real de garantia, caduca com a venda judicial da coisa retida, nos termos do art. 824.º, n.º 2, do CC. O titular de um direito de retenção tem aliás, o ónus de reclamar na execução o pagamento dos créditos garantidos (art. 788.º, do CPC). Se o bem objeto da retenção penhorado for vendido judicialmente, o valor da venda dessa coisa é distribuído ao titular do direito de retenção que reclamou de acordo com a ordem estabelecida na sentença de reclamação de créditos⁽¹²⁴⁾.

No caso de estarmos perante uma retenção em que o direito de retenção de coisa imóvel é relativo a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, pensamos que também é de aplicar o mesmo regime, ou seja, este direito de retenção caduca com a venda executiva. Consequentemente, não constitui

(121) Sobre esta contenda — v. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos reais*, ..., *op. cit.*, p. 515, e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., *op. cit.*, p. 429.

(122) V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da retenção do promitente na venda executiva”, *Revista da Ordem dos Advogados* n.º 57 (1997), pp. 547-563, p. 563.

(123) Pela doutrina — v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A transmissão do direito à indemnização por benfeitorias e a caducidade do direito de retenção pelo facto da venda executiva”, *Themis*, n.º 13, ano VII (2006), pp. 5-29, p. 25, ss. Pela jurisprudência — v. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de outubro de 2013 (proc. n.º 10262/06.4TBMST.P1.S1).

(124) Cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, 8.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2024, pp. 410-411.

um direito incompatível com a penhora. Por isso, o retentor não exequente não pode aceder a embargos de terceiro (art. 342.º, n.º 1, do CPC).

Esta solução está conforme com a letra da lei, pois este direito de retenção continua a ser um direito real de garantia e uma garantia real, pelo menos *em sentido amplo*, como suprarreferido, aplicando-se, por isso, a parte inicial do art. 824.º, n.º 2, do CC⁽¹²⁵⁾. Por outro lado, se assim não fosse, quiçá para proteger a predominância da função compulsória neste direito de retenção, estar-se-ia a possibilitar que este direito de retenção pudesse ser na prática prevalente à hipoteca anteriormente constituída sobre a mesma coisa perante determinadas ações executivas, o que não foi intenção do legislador. Basta ver a situação em que o credor hipotecário propõe uma ação executiva contra o seu devedor. Por exemplo, a coisa objeto da hipoteca é propriedade do devedor, sendo igualmente objeto de uma retenção posterior que favorece um terceiro, credor do devedor. Iniciando-se a penhora sobre a coisa objeto da hipoteca (art. 752.º, n.º 1, do CPC), se o direito de retenção não caducar com a venda executiva, então é incompatível com a penhora, possibilitando ao retentor o recurso a embargo de terceiro⁽¹²⁶⁾. Note-se que neste caso, o retentor não teria legitimidade para ser chamado como parte ativa da ação, na medida em que o art. 54.º, n.º 4, do CPC, não se parece poder aplicar⁽¹²⁷⁾, o que significaria a criação de um obstáculo à faculdade de execução do credor hipotecário relativamente ao bem objeto da hipoteca que, só podendo ser ultrapassado pelo credor hipotecário com o pagamento do crédito subjacente à retenção ou da caução prevista no art. 756.º, al. d), do CC, não se adequa à prevalência material da hipoteca, anterior ou posterior, sobre este direito de retenção.

Caducando com a venda executiva, o titular desta retenção tem a possibilidade de reclamar os seus créditos na ação executiva intentada por terceiro em que se penhore o bem retido [arts. 786.º, n.º 1, al. b), e 788.º,

⁽¹²⁵⁾ Cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, ..., *op. cit.*, p. 405.

⁽¹²⁶⁾ V. JOÃO DE CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, Vol. II, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, pp. 854-855. Diferente — V. RUI PINTO, *A ação executiva*, ..., *op. cit.*, p. 711, ss.

⁽¹²⁷⁾ V. RUI PINTO, *A ação executiva*, ..., *op. cit.*, pp. 289-292. Este Autor considera que o art. 54.º, n.º 4, do CPC, restringe-se aos direitos oponíveis à execução que conferem posse. Se é verdade que o retentor é possuidor da coisa nos termos do direito de retenção (v. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A posse: estudo sobre o seu objeto e extensão; perspectiva histórica e de direito português*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 599-601) e o art. 54.º, n.º 4, do CPC, visa evitar embargos de terceiro por quem possui direitos incompatíveis à penhora, o artigo não está concebido para abranger terceiros possuidores que sejam igualmente credores do executado, especialmente quando esses possuidores possuem a coisa nos termos de um outro direito real de garantia. Pensamos que isto é patente na medida em que o art. 54.º, n.º 4, do CPC, enquadra o possuidor como parte passiva da ação executiva.

do CPC] para espoletar o efeito sub-rogatório fixado no n.º 3, do art. 824.º, do CC⁽¹²⁸⁾. O ónus de reclamação de crédito é o mecanismo que a lei processual atribui aos titulares de direitos reais de garantia fazerem valer a sua garantia, estando associado ao facto de o direito real de garantia caducar com a venda executiva. Note-se que na sentença de graduação de créditos, o juiz tem de cumprir a parte final do art. 759.º, n.ºs 1 e 2, do CC. Isto significa que o direito de retenção de coisa imóvel, nos casos em que o crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, vai sempre ser graduado abaixo de qualquer outro direito real de garantia sobre a coisa retida, em particular abaixo de hipotecas, anteriores ou posteriores à constituição do direito de retenção, pois este retentor é, na graduação, um credor equiparável aos credores comuns do devedor.

Pode-se questionar se esta solução não contende com a parte final do novo art. 759.º, n.º 1, do CC. De facto, ao atribuir-se a possibilidade deste retentor reclamar os seus créditos na ação executiva intentada por terceiro em que se penhore o bem retido, quando o mesmo não é reconhecido aos restantes credores comuns do devedor, está-se materialmente a privilegiar o retentor face aos outros credores comuns do devedor na atribuição do valor do bem retido. Contudo, já acima referimos as consequências ainda mais desfasadas face à vontade legislativa da solução oposta. Por outro lado, permitir a caducidade do direito de retenção com a venda judicial sem atribuir ao retentor qualquer possibilidade de fazer valer o seu direito na execução brigaria com a posição de força que o direito civil português atribui ao credor retentor, desequilibrando o que a retenção pretende equilibrar. Com esta posição, reforça-se ainda mais a nosso pensamento acima exposto que este direito de retenção é um direito real de garantia e que confere ao seu titular uma garantia real, pelo menos *num sentido amplo*.

Por fim, quando é o retentor de retenção de coisa imóvel cujo crédito garantido não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* a propor a ação executiva aplica-se o art. 89.º, n.º 2, do CPC, para aferir a competência do tribunal, devido à sua ligação com a solução do art. 752.º, n.º 1, do CPC⁽¹²⁹⁾.

II. No direito da insolvência, o direito de retenção de coisa imóvel que se fundamente num crédito do retentor de coisa imóvel não *assegura o*

(128) Sobre o efeito sub-rogatório — v. RUI PINTO, *A ação executiva, ...*, op. cit., pp. 908-910.

(129) Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de processo civil*, Vol. II, ..., op. cit., pp. 711-712.

reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida não seguiria o mesmo regime estabelecido para a retenção de coisa móvel ou para as restantes retenções de coisa imóvel.

Com a declaração de insolvência, este direito de retenção não se extingue, a não ser que seja acessório de créditos subordinados [art. 97.º, n.º 1, al. e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas] (doravante, “CIRE”), no entanto, o bem objeto da retenção, se o insolvente for o dono da coisa, deve ser entregue ao administrador da insolvência [art. 36.º, n.º 1, al. g), do CIRE] para sua apreensão (art. 149.º, ss., do CIRE). O retentor deste direito de retenção, credor da insolvência, tem o ónus de reclamar a verificação do seu crédito, ao abrigo do art. 128.º, do CIRE, assegurando assim o seu direito a ser satisfeito à custa do património do devedor⁽¹³⁰⁾.

Na sentença de verificação e graduação de créditos (art. 140.º, do CIRE), o crédito do credor que dá base a este de direito de retenção tem de ser graduado do mesmo modo que são os créditos dos credores comuns do devedor. Ademais, o crédito deste retentor não pode ser qualificado como um crédito garantido [art. 47.º, n.º 4, al. a), do CIRE], caso contrário estes retentores obteriam uma preferência no valor do bem objeto da retenção sobre os credores comuns do devedor nos termos do regime posto no art. 174.º, do CIRE, que não lhes é conferida, como vimos, pelo direito material. Na verdade, para o pagamento do crédito que este retentor é titular aplica-se o art. 176.º, do CIRE.

Não se deve aplicar o art. 172.º, n.º 2, parte final, do CIRE, porque a referência neste artigo a garantias reais é feita na perspetiva que esses direitos conferem ao seu titular uma preferência sobre todos os credores comuns do devedor relativamente ao valor de uma coisa para pagamento de um crédito do seu titular, o que não ocorre neste direito de retenção. O mesmo dizemos do art. 166.º, n.º 1, do CIRE, pois, prejudicando a sua estatuição os restantes credores comuns do devedor, colocaria o retentor compensado numa posição de superioridade não querida pela parte final do art. 759.º, n.º 1, do CC^(131/132).

⁽¹³⁰⁾ Cf. CATARINA SERRA, *Lições de direito da insolvência*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 269.

⁽¹³¹⁾ V. LUIS MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 234.

⁽¹³²⁾ Na medida em que o art. 166.º, n.º 2, do CIRE, tem como objetivo evitar a compensação posta no art. 166.º, n.º 1, do CIRE, e pressupõe a preferência do titular do direito real de garantia sobre os credores comuns do devedor relativamente ao valor da coisa dada em garantia, também pensamos que não pode ser empregue perante um retentor de coisa imóvel cuja retenção se relacione a um crédito que não assegura o *reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* — v. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., op. cit., p. 259.

Contudo, pensamos que se deve continuar a empregar o art. 164.º, n.os 2 e 3, do CIRE. Deste modo, dá-se a possibilidade de o promitente-comprador adquirir o bem objeto do contrato-promessa⁽¹³³⁾.

III. Por fim, será que é de considerar a *inutilidade* da jurisprudência uniformizada pelos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência n.os 4/2014 e 4/2019, acima referidos?

Atendendo apenas à uniformização efetuada, os acórdãos continuariam a ter utilidade para guiar o intérprete, pois, bem vistas as coisas, referem-se aos pressupostos de aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC. Veja-se: 1) “No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com *traditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art. 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil” (no primeiro acórdão); e 2) “Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa” (no segundo acórdão).

Contudo, se nos debruçarmos sobre a justificação que levou à restrição da previsão literal do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, posta na fundamentação dessa jurisprudência, verificamos que os argumentos deduzidos pressupõem a preferência do direito de retenção do promitente-comprador de coisa imóvel sobre hipotecas anteriormente registadas⁽¹³⁴⁾, o que não acontece, como já vimos, ao abrigo do novo regime legal. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014 concebe a preferência do direito de retenção do promitente-comprador posta no art. 759.º, n.º 2, do CC pré-DL n.º 48/2024, como uma proteção da parte mais fraca face ao credor hipotecário no mercado da habitação. É na sequência desta premissa que o art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, deve ser interpretado restritivamente, abrangendo apenas os consumidores, porque constituem as partes mais fracas. Aliás, as várias interpretações que visavam limitar a aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, acima elencadas, também se concebiam

⁽¹³³⁾ V. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, ..., *op. cit.*, p. 431.

⁽¹³⁴⁾ Com a mesma opinião — v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, pp. 690-691.

como o modo de superar o problema da prevalência da retenção do promitente-comprador sobre as hipotecas anteriores, *caindo* hoje, na expressão de M. Januário da Costa Gomes, *por terra*⁽¹³⁵⁾.

Deste modo, pensamos que os referidos acórdãos uniformizadores deixam de ser relevantes para guiar o intérprete, perdendo a sua *utilidade*. Aliás, ao abrigo do regime dos recursos de processo civil, uma eventual contradição com esta jurisprudência uniformizada deixa de ser relevante como critério de admissibilidade do recurso para efeitos do art. 629.º, n.º 2, al. c), do CPC, porque a contradição não ocorreu no domínio da mesma legislação.

5. Conclusão

O caminho que percorremos deixa-nos claro que a alteração legislativa provocada pelo DL n.º 48/2024 foi mais além do que a mera tentativa de limitar os casos em que o direito de retenção de coisa imóvel prevalecia sobre hipotecas anteriores.

As alterações parecem-nos tão profundas que pensamos que ao abrigo da lei atual, o regime do direito de retenção posto no CC deixou de ser poder qualificado como unitário, indo além do que seria o regime do direito de retenção estabelecido em 1966⁽¹³⁶⁾. Deve-se distinguir para efeitos do seu regime o direito de retenção de coisa imóvel relativo a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida* do direito de retenção de coisa móvel e do direito de retenção de coisa imóvel que *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*.

Para o efeito de se analisar a expressão *assegurar o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*, deve-se ter em atenção que os casos nela enquadráveis não correspondem necessariamente às situações em que se preenche o conceito de *despesas feitas por causa da coisa* presente no art. 754.º, do CC. Aliás, na nossa opinião, pode-

(135) V. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, p. 691.

(136) Argumentando, na perspetiva do direito de retenção do promitente-adquirente, que o DL n.º 48/2024 constitui um regresso a 1966 — V. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o direito de retenção e o novo impulso da hipoteca: notas a propósito da reforma de 2024 ao regime do concurso entre o direito de retenção e a hipoteca”, ..., *op. cit.*, pp. 687 e 693.

mos estar perante uma retenção fundada numa conexão jurídica do art. 755.º, do CC, e o crédito que a retenção garante *assegurar o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. A letra da lei e sua *ratio* objetivamente identificável apontam nesse sentido.

No art. 759.º, do CC, o legislador pretendeu modificar o regime legal subjacente às prevalências dadas ao direito de retenção no seu confronto com outros direitos, sejam direitos de crédito, sejam hipotecas, quando o direito de retenção de coisa imóvel é relativo a um crédito que não *assegura o reembolso de despesas para a conservação ou aumento do valor da coisa retida*. A alteração das regras relativas à preferência deste direito de retenção sobre os direitos de crédito é criticável, por se limitar aos casos em que a retenção é apenas de coisa imóvel, mas é de louvar a abolição da preferência destas retenções sobre as hipotecas registadas anteriormente. A manutenção da *faculdade de executar a coisa, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário* neste direito de retenção quando se retira a sua preferência sobre direitos de crédito e sobre hipotecas registadas posteriormente traz dificuldades à sua qualificação, bem como à análise do seu regime, em especial no confronto da figura com o direito processual executivo e com o direito da insolvência. Tentámos dar algumas respostas no artigo para superar estas dificuldades.

Como nota final, não tivemos a pretensão de dar uma resposta fechada e de elaborar uma análise exaustiva a todos os problemas que este novo direito de retenção coloca. O nosso propósito foi o de uma abordagem primeira às alterações que o DL n.º 48/2024 introduziu no CC. Deixamos esse trabalho à doutrina e jurisprudência que certamente se seguirá.