

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

-
- M. Januário da Costa Gomes**
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira**
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale**
57-83 *Posse pro-labore* e proprietá in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas**
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões**
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues**
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro**
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem**
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes**
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia**
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

- **Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
- **Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
- **Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
- **Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
- **Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
- **Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
- **Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
- **Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
- **Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- _____ **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- _____ **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- _____ **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- _____ **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- _____ **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- _____ **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- _____ **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- _____ **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

O abuso do direito de retenção

Exercício desproporcional do direito de retenção

The abuse of the right of retention

Disproportionate exercise of the right of retention

Henrique Marques Candeias^{* **}

Resumo: Este artigo parte da pergunta: *será que, tendo em atenção os prejuízos daquele que vê uma coisa retida, o exercício do direito de retenção pode ser considerado inadmissível aplicando-se o instituto do abuso do direito?*

A pergunta toma como problema base o do exercício desproporcional do direito de retenção. Este artigo não versará sobre exercícios cujo desvalor advém da quebra de uma confiança juridicamente relevante. Para devidamente fundamentar as nossas conclusões, versámo-nos sobre as funções e fundamentos do direito de retenção, o que nos obrigou a uma análise superficial do conceito e pressupostos do direito de retenção.

Palavras-chave: Direito de retenção; abuso do direito; desproporcionalidade; boa fé; garantias; direito civil.

Abstract: This article is grounded on the question: *can the exercise of the right of retention be found inadmissible by applying the abuse of right, considering the damages faced by the person who has a thing retained?*

This interrogation takes as its core problem the disproportionate exercise of the right of retention. This article will not deal with exercises whose unlawfulness arises from the protection of a legally relevant trust. We focused on the functions and grounds of the right of retention to properly justify our conclusions, which forced us to a superficial analysis of the concept and legal preconditions of the right of retention.

Keywords: Right of retention; abuse of right; disproportionality; good faith; warranties; civil law.

* Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; investigador do Centro de Investigação de Direito Privado; advogado.

** Com a presente publicação pretendemos homenagear um grande vulto da Universidade portuguesa, o Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. O autor lembra como a obra deste Mestre foi, e continua a ser, fundamental na sua formação jurídica, em especial nas matérias da Teoria Geral do Direito Civil, Teoria do Direito e Direitos Reais. O presente artigo consiste no relatório apresentado no seminário de Direito Civil I no contexto da parte curricular do curso de mestrado em Direito, especialidade em direito civil, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sumário: 1. Direito de retenção no direito civil português: 1.1. Conceito e pressupostos; 1.2. Funções do direito de retenção e sua natureza; 1.3. Fundamentação do direito de retenção. 2. Do exercício inadmissível do direito de retenção: 2.1. Admissibilidade do abuso do direito de retenção; 2.2. Desproporcionalidade e abuso do direito; 2.3. Desproporcionalidade manifesta e direito de retenção. 3. Conclusão.***

1. Direito de retenção no direito civil português

1.1. Conceito e pressupostos

I. O direito de retenção¹ confere o poder ao detentor de uma coisa² em não a restituir a quem lhe a possa exigir enquanto este último não cumprir com uma obrigação conexa com essa mesma coisa³.

Concretizando, na sua base, o direito de retenção é uma exceção de direito material⁴, permitindo que, preenchendo-se os seus pressupostos, se recuse a entrega de uma coisa⁵ a quem tem o crédito de a receber. Deste modo, se invocado, o

*** Abreviaturas mais utilizadas: Acórdão: Ac.; Boletim do Ministério da Justiça: BMJ; *Bürgerliches Gesetzbuch*: BGB; Cadernos de Direito Privado: CDP; Confer: cfr.; Edição: Ed.; *Handelsgesetzbuch*: HGB; *Juristische Schulung*: JuS; Nota: Nt.; Número: N.º; *Opus citatum*: Cit.; Organizador(es): Org.; Página: P.; Páginas: Pp.; Reimpressão: Reimpr.; Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: RFDUL; Revista de Direito e de Estudos Sociais: RDES; Seguintes: Ss.; Supremo Tribunal de Justiça: STJ; Tribunal Constitucional: TC; Ver: V.; Volume: Vol.

¹ Sobre o direito de retenção, v. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: reais*, 5.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 552 e 553.

² No direito português, ao contrário do regime previsto noutros ordenamentos, como o alemão, o direito de retenção apenas tem como objeto coisas (em especial, apenas coisas corpóreas) e não prestações de facto, o que é vincado no artigo 761.º, 2.ª parte, do Código Civil – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 286, e ROLF KELLER, *Das Zurückbehaltungsrecht nach §273 BGB*, JuS, 22, (1982), (665-668), p. 665.

³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X, Almedina, Coimbra, 2015, p. 821. Em sentido próximo – v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais: a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 79.

⁴ Definindo exceção material como a faculdade potestativa de paralisar o exercício de o direito de outrem – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 740.

⁵ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito cit.* (nt. 2), p. 359.

direito de retenção afigura-se como uma cláusula de exclusão de ilicitude que, como efeito, torna lícito recusar-se ou suspender-se o cumprimento da obrigação de entrega da coisa mesmo que a obrigação se tenha vencido⁶, o que faz excluir a aplicação do regime da mora do devedor ao retentor. Ademais, o direito de retenção permite a recusa de entrega da coisa pelo retentor até que o seu devedor recíproco cumpra a obrigação conexa com a coisa.

Para além disto, como demonstram os artigos 604.º, 758.º e 759.º todos do Código Civil, o direito de *retenção* também é um direito real de garantia, porque é uma permissão normativa específica do aproveitamento de uma coisa corpórea⁷, aproveitamento esse que se faz através da execução da coisa retida, cujo valor fica alocado ao pagamento da obrigação garantida com preferência face aos restantes credores do devedor⁸. Desta forma, a coisa retida é funcionalizada para garantia de uma obrigação⁹, realizada através da sua execução.

II. O direito de retenção é hoje um direito geral. Para surgir na esfera jurídica de um sujeito como uma posição jurídica ativa é necessário que se verifiquem certos pressupostos.

Sem prejuízo de nos referirmos abaixo, de forma mais completa, aos requisitos do direito de retenção, podemos já elencar como pressupostos positivos do direito de retenção: i) uma detenção direta ou através de representante de uma coisa

⁶ Cfr. MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento, *RDES*, XLIX, 1-4, (2008), (187-239), p. 188, e ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 363 e ss.

⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 607. A qualificação do direito de retenção como um direito real, apesar de ser incontestada atualmente no ordenamento português, é discutida no ordenamento italiano. Existem doutrinas que pugnam pela natureza de direito real, pessoal ou misto – v. ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, *Rassegna di diritto civile*, 1, (1991), (44-95), pp. 44 e ss., e LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione: dall'autotutela alla pena privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, pp. 30 e ss. A natureza da figura também é objeto de querela na Alemanha a propósito do § 369 *HGB*, como já o foi na doutrina portuguesa. Isto tendo em consideração que o direito de retenção do § 369 *HGB*, concede uma preferência ao retentor na execução do que é retido. Canaris afirmava que estamos perante um direito de natureza mista, com traços obrigacionais, mas amplamente próximo dos direitos reais – v. CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 24.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, pp. 418-419.

⁸ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 390.

⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 613. Referindo-se aos direitos reais de garantia como subordinados funcionalmente aos direitos de crédito, v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: reais* cit. (nt. 1), p. 186.

suscetível de penhora e que ao momento da sua aquisição era lícita ou que, pelo menos, o detentor não conhecesse nem devesse conhecer da ilicitude; ii) a existência de uma obrigação de entrega dessa coisa na esfera de quem a detém diretamente ou através de representante; iii) o devedor da obrigação de entrega da coisa ser credor de uma obrigação conexa, material ou juridicamente, com a coisa detida, cujo devedor é o credor da obrigação de entrega da coisa; e iv) a obrigação conexa com a coisa vencer-se ou ter ocorrido alguma circunstância que cause a perda do benefício do prazo.

III. O primeiro pressuposto é, como referimos, a detenção lícita da coisa que deve ser restituída pelo retentor¹⁰. A detenção da coisa garante publicidade de facto à retenção¹¹ e o regime não pede que se verifique um controlo material da coisa suscetível de ser qualificado como posse¹². A detenção da coisa retida tem de ser mantida ao longo da retenção de modo a que a mesma não se extinga, nos termos do artigo 761.º, parte final, do Código Civil.

Por outro lado, e como já afirmámos, não surge nenhum direito de retenção na esfera do detentor no caso de, no momento da aquisição do controlo material da coisa, o detentor conhecesse da ilicitude da detenção. Esta disposição, presente no artigo 756.º, alínea a) do Código Civil, tem sido corretamente interpretada como uma remissão para a ideia de que não pode haver direito de retenção caso o detentor adquira o controlo material da coisa estando subjetivamente de má fé¹³.

¹⁰ Cfr. JÚLIO GOMES, Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...), *CDP*, 12, (2005), (3-25), p. 10.

¹¹ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 288, e CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 104.

¹² Certo é que com a invocação do direito de retenção, o retentor passa a ser 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 INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, O direito de retenção no contrato de empreitada, *O direito*, anos 106 a 119, (1987), (13-34), p. 18. Determinada doutrina afirma que o direito de retenção não se extingue com o esbulho da coisa retida ao retentor, porque não houve vontade do retentor na perda do controlo material da coisa, pressuposto da aplicação da parte final do artigo 761.º do Código Civil – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 761.º, in *Comentário ao código civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, José Carlos Brandão Proença (org.), Lisboa, 2019, p. 1026. Nestes casos, a retenção mantém-se sem o controlo material da coisa, podendo o retentor fazer uso de ações possessórias. Com opinião divergente, afirmando que o esbulho extingue a retenção, mas também legitima o recurso a ação possessórias para retomar o controlo material da coisa e, deste modo, “ressuscitar” a retenção – v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 240.

¹³ Afirmando concretamente que releva aqui a boa fé subjetiva psicológica – v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 120.

Esta solução evita que se caia num exercício abusivo do direito de retenção, na vertente de *tu quoque*¹⁴, e pode-se discutir se a má fé reconhecida na alínea referida é uma remissão para a boa fé subjetiva ética ou psicológica. A aceitação da primeira, ao contrário da segunda, implica um desconhecimento não culposo, ou seja, verifica-se a exclusão do direito de retenção nos casos em que o detentor devia conhecer a ilicitude da aquisição do controlo material da coisa no momento em que tal aquisição ocorre. Pensamos que a ciência do direito exige uma boa fé subjetiva ética, porque hoje o direito não pode privilegiar os ignorantes¹⁵. Assim, mesmo perante o silêncio da lei, a boa fé pedida no enunciado normativo analisado é ética.

Os últimos três pressupostos do direito de retenção referem a necessidade de existência de uma dívida daquele que vê a coisa retida e de que o retentor é credor. Essa dívida deve ser judicialmente exigível e acompanhada pela existência recíproca da obrigação do retentor em entregar a coisa detida ao seu devedor. No entanto, o direito de retenção pode ser exercido antes do vencimento do crédito do retentor se se verificarem as circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo, nos termos do n.º 1 do artigo 757.º do Código Civil. Questiona-se se o vencimento da obrigação ou as situações que importam a perda do benefício do prazo constituem um requisito da constituição ou de eficácia do direito de retenção¹⁶. A ser um requisito de eficácia, o direito de retenção constitui-se virtualmente desde o momento da detenção da coisa nos termos acima explanados, mas só é invocável com a exigibilidade do crédito do retentor¹⁷.

IV. Como indicado, o direito de retenção pede a existência de alguma forma de conexão entre a obrigação que o direito de retenção garante e a coisa detida¹⁸.

¹⁴ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 756.º, in *Comentário ao código civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, José Carlos Brandão Proença (org.), Lisboa, 2019, p. 1015, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 838.

¹⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direitos reais*, XIII, Almedina, Coimbra, 2022, p. 634.

¹⁶ 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, in *Estudos sobre direito civil e processo civil*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2009, (373-401), pp. 396-397.

¹⁷ Afirmando que a exigibilidade do crédito é um requisito de eficácia, mas não de constituição do direito de retenção – v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), pp. 106-107, e ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 308.

¹⁸ Não nos parece que seja correto afirmar que as conexões materiais e jurídicas pressupostas do direito de retenção relacionam as obrigações garantidas e as obrigações de entrega da coisa, apesar

Devido à intensidade de conexão da coisa com a obrigação garantida, o direito de retenção não pode ser transmitido sem que o crédito garantido também o seja, nos termos do artigo 760.º do Código Civil.

A conexão estabelecida entre a coisa e a obrigação pode ser de ordem material ou jurídica. Na de ordem material, consagrada no artigo 754.º do Código Civil, a obrigação daquele que tem a coisa retida resulta de despesas feitas por causa da coisa¹⁹ ou danos causados pela coisa, suportados pelo retentor.

Na de ordem jurídica, estabelecida no artigo 755.º do Código Civil, a conexão estabelecida também é entre a coisa e a obrigação. No entanto, pelo menos na generalidade, estabelece-se para os casos em que há despesas conexas com a coisa e cuja inclusão no artigo 754.º do Código Civil seria, no mínimo, duvidosa²⁰. A lei contenta-se então com uma conexão entre as obrigações vencidas e a coisa pautada por se enquadrarem na mesma estrutura jurídica²¹. Contudo, de entre todos os casos em direito permitidos dos quais se pode qualificar a existência de uma conexão jurídica entre a coisa e a obrigação da sua entrega, apenas os que estão enquadrados na previsão do artigo 755.º do Código Civil dão origem ao direito de retenção,

de haver doutrina que apresenta a conexão nesses termos – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 754.º, in *Comentário ao código civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, José Carlos Brandão Proença (org.), Lisboa, 2019, p. 1006. Ao invés, a conexão tem como polos que se interligam a coisa em si e o crédito do retentor, que se conectam porque o crédito do retentor originou-se de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ele causados, ou se agruparam no contexto da mesma relação jurídica, ao abrigo do artigo 755.º do Código Civil – v. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), p. 47. É do facto de um dos polos da relação ser a coisa e não a obrigação de entrega da coisa que se consegue justificar algumas soluções do regime do direito de retenção, como por exemplo o artigo 758.º, parte final, do Código Civil. Vejamos, uma substituição ou reforço da garantia implicaria a introdução de outras coisas na retenção que se distinguem da coisa que está conexas à obrigação garantida.

¹⁹ A doutrina tem apontado que o conceito de despesa feitas por causa da coisa não é necessariamente coincidente com o conceito de benfeitorias, presente no artigo 216.º, n.º 1 do Código Civil, apesar de, na maioria dos casos, o conceito coincidir. No entanto, certa doutrina tem ainda tentado restringir o conceito de despesa feita por causa da coisa a despesas que introduzam uma mais valia objetiva na coisa – v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), pp. 92-93. Tal tem sido contestado por não respeitar a letra da lei – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 311. É interessante notar, ao abrigo desta contenda, que, na sua origem, a retenção estava associada às obrigações de pagamento de benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa fé – v. JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção* (arcaico, mas eficaz...) cit. (nt. 10), p. 13.

²⁰ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 842.

²¹ V. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995, reimpr., p. 265.

preenchidos os restantes pressupostos da figura. Deste modo e a partir de uma análise literal, o artigo 755.º Código Civil engloba numa lista fechada os casos a partir dos quais o ordenamento permitiu que surgisse o direito de retenção, sem prejuízo de estarem legislados outras hipóteses de direito de retenção no ordenamento²².

Um dos casos especiais de direito de retenção é o direito de retenção de advogado²³ estipulado no artigo 101.º, n.º 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados. Estabelece-se um direito de retenção de objetos, valores e documentos confiados pelo cliente ao advogado para garantia do pagamento dos honorários e reembolso das despesas devidas. Podemos discutir nestes casos se a conexão estabelecida entre a coisa e o crédito dos advogados junto dos seus clientes é material, jurídica ou até é outro tipo de conexão não prevista no regime do Código Civil consagrado nos artigos 754.º a 761.º, *idem*.

Se é verdade que o direito de retenção de advogado se pode enquadrar nos casos especificados no artigo 754.º do Código Civil, em concreto, nas situações em que o advogado trabalhou sobre o documento com o sentido de o melhorar, pois os honorários podem ser qualificados como despesas feitas por causa do documento, tal como o preço o é num contrato de empreitada²⁴, na maioria dos

²² Para estes efeitos, é de afirmar que é duvidosa a qualificação do regime do artigo 1323.º, n.º 7 do Código Civil, como direito de retenção. É verdade que há o poder de se recusar a entrega de um animal a quem tem o direito de o receber. No entanto, esta exceção de direito material não tem por função a coerção ou garantia de qualquer obrigação cujo credor seja o retentor.

²³ *Cf.* CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 98.

²⁴ Discutiu-se largamente na doutrina se, para a garantia de cumprimento do preço de uma empreitada, o empreiteiro podia reter a entrega do bem objeto da obra da empreitada ao abrigo do artigo 754.º do Código Civil. Nesta contenda, a maioria da doutrina pronunciou-se a favor, o que tem sido acompanhado pela jurisprudência – *v.* Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra; n.º 1829/16.3T8BRG.G1, 30 de novembro de 2017; disponível em www.dgsi.pt e Ac. do Tribunal da Relação de Évora; n.º 134/15.7T8TVR.E1, 24 de maio de 2018; disponível em www.dgsi.pt. Seguindo a opinião majoritária – *v.* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 342-343, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *O direito de retenção no contrato de empreitada* cit. (nt. 12), pp. 21 e ss., e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações: contratos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 377 e ss. Contra a opinião majoritária – *v.* PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 875-876, com reflexos jurisprudências – *v.* Ac. do STJ; n.º 96A849, 8 de abril de 1997; disponível em www.dgsi.pt e Ac. do STJ; n.º 61/11.7TBAVV-B.G1.S1, 16 de maio de 2019; disponível em www.dgsi.pt. De acordo com Júlio Gomes, as bases desta controvérsia, que no fundo tinha que ver com a possibilidade de o conceito de preço na empreitada reconduzir-se ao de despesa sobre a coisa, eram profundas. Tratava-se uma questão de se saber se o artigo 754.º do Código Civil podia aplicar-se no âmbito de uma relação contratual e se podia englobar a garantia do lucro contratual – *v.* JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)* cit. (nt. 10), p. 18. Em nosso entender, nada no artigo afasta a possibilidade de existir uma conexão material nos casos em que os créditos derivam do

casos, os documentos e valores foram entregues ao advogado para execução do contrato de mandato. Nessas hipóteses, a conexão entre a coisa e o crédito é jurídica e cabe na previsão do artigo 755.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil. Nestas duas situações, a norma estabelecida no Estatuto da Ordem dos Advogados será uma norma especial face ao regime geral estabelecido no Código Civil²⁵, divergindo por permitir a retenção de coisas que não só tenham sido entregues ao advogado para efeitos da execução do mandato, mas que também lhe tenham sido confiadas durante a execução do mandato.

Mas será que pode surgir um terceiro tipo de conexões entre a coisa e a obrigação? As que se estabelecem entre uma coisa que não tenha sido entregue para ou confiada na execução do mandato de que sugiram as obrigações de pagamento dos honorários ou das despesas garantidas através da retenção.

Ora, o regime do Estatuto da Ordem dos Advogados, numa primeira observação, não parece excluir a retenção de objetos, valores e documentos entregues à confiança do advogado e que estejam de fora do leque de coisas conexas juridicamente ao mandato do qual surjam as obrigações que se pretendem garantir. A aceitarmos esta solução, o direito de retenção de advogado apenas exigiria uma ligação corrente de vida²⁶ entre a coisa retida e a obrigação vencida, ou seja, não estaria limitado a obrigações recíprocas provenientes da mesma relação jurídica, mas pediria que entre a coisa e a obrigação a garantir se estabelecesse uma relação unitária de vida um pouco à semelhança do que ocorre hoje no regime do direito de retenção estabelecido no § 273, 1 *BGB*²⁷.

No entanto, esta solução parece ser contrariada pelo n.º 2 do artigo 101.º do Estatuto da Ordem dos Advogados. Com efeito, o n.º 2 estatui que, terminado o

mesmo contrato, se bem que se pode discutir se esta retenção garante a parte do preço correspondente aos lucros do empreiteiro. Nos mesmo termos – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 754.º, in *Comentário ao código civil* cit. (nt. 18), p. 1008.

²⁵ É interessante verificar que certa doutrina aponta o exemplo do artigo 101.º, n.º 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados para concluir que o direito de retenção pode incidir sobre coisas fungíveis – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 754.º, in *Comentário ao código civil* cit. (nt. 18), p. 1007. Afirmando que o direito de retenção apenas pode incidir sobre coisas infungíveis – v. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), p. 67, e FRANCISCO ROCHA, Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria, *RFDUL*, LI, 1-2, (2010), (573-641), p. 586.

²⁶ A relação de vida unificada e internamente coerente é o critério de conexão exigido no direito de retenção do § 273, 1, *BGB* – v. ROLF KELLER, Das Zurückbehaltungsrecht nach §273 BGB cit. (nt. 2), p. 665, e KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I, 14.^a ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, p. 214.

²⁷ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 334-335.

mandato representativo, o advogado deve restituir ao cliente os objetos, valores ou documentos deste que se encontrem em seu poder. Ora as coisas a restituir só podem ser as confiadas ao abrigo desse mandato que, entretanto, terminou. Por força da remissão para o n.º 2 estabelecida pelo artigo 101.º, n.º 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados, na identificação do que pode ser retido, as coisas referidas nesse artigo são as mesmas que tenham sido confiadas durante a execução do mandato das quais surgiram as obrigações que se pretende garantir.

Esta disposição revela assim que a conexão pretendida pelo artigo 101.º, n.º 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados provém essencialmente de uma relação jurídica²⁸, apesar de haver casos em que a relação é material.

V. O direito de retenção é excluído caso exista a prestação de uma caução suficiente pelo credor da obrigação de entrega da coisa (artigo 756.º, alínea d) do Código Civil). Por outro lado, não há direito de retenção sobre coisas impenhoráveis (artigo 756.º, alínea c) do Código Civil), bem como nos casos em que a despesa geradora do crédito do retentor tenha sido realizada de má fé (artigo 756.º, alínea b) do Código Civil).

Discute-se sobre a compatibilização do regime das impenhorabilidades com o do direito de retenção²⁹ e sobre se o conceito de mé fé usado no artigo 756.º, alínea b) do Código Civil, se refere à boa fé objetiva ou subjetiva, divergência cuja reflexão faremos *infra*.

1.2. Funções do direito de retenção e sua natureza

I. No regime atual, são normalmente apontadas duas funções ao direito de retenção: a função compulsória e a função de garantia.

II. A função compulsória é causada porque a possibilidade de recusa, assim como a própria recusa, da entrega da coisa até que seja cumprida a obrigação garantida exerce pressão em quem pode vir a ver ou já vê a coisa retida a cumprir essa mesma obrigação³⁰. No fundo, é um meio de pressão na realização do interesse do credor no cumprimento do seu crédito e apenas é eficaz quando a coisa tenha

²⁸ Afirmando que o direito de retenção estabelecido no Estatuto da Ordem dos Advogados depende de uma conexão jurídica – v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações* cit. (nt. 12), p. 238.

²⁹ V. FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria* cit. (nt. 25), pp. 604 e ss.

³⁰ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), pp. 231 e 338, e ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 44.

algun valor material ou imaterial superior ao valor do esforço exigido no cumprimento pontual da obrigação garantida. Também é um meio de realização do princípio do cumprimento, estabelecido pelo sistema³¹.

Apesar de alguma doutrina afirmar que o que deu azo ao direito de retenção foi a tutela compulsória³², a função compulsória tem, em concreto, uma eficácia meramente eventual, pois depende do valor objetivo e da importância que a coisa retida tem no íntimo do devedor da obrigação garantida pela retenção. Se esse valor for inferior ao valor do esforço que recai sobre o devedor para o cumprimento da sua obrigação, a função compulsória dissolve-se, porque o cumprimento acaba por ser menos vantajoso que o não cumprimento³³. Note-se, no entanto, que não se pode verificar a retenção de coisas cuja apreensão careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal, pois são absolutamente impenhoráveis (artigo 736.º, alínea c) do Código de Processo Civil).

Para além do mais, o direito de retenção configura-se como uma forma de punição privada, pois o retentor priva o devedor do uso de uma coisa enquanto este último não cumprir³⁴. Ou seja, a retenção é funcionalmente sancionadora do incumprimento. Esta é uma conclusão resultante da evidência fáctica do que é o funcionamento permitido por lei de uma retenção³⁵.

Apesar da evidente conexão entre a função compulsória e a função punitiva – pois a segunda resulta da primeira – verifica-se uma distinção ténue entre estas duas funções, pois a punitiva ocorre apenas após a invocação da retenção, enquanto a primeira pode atuar mesmo antes da invocação da retenção. Na verdade, o devedor pode cumprir apenas porque tem receio que o credor retenha em si a coisa. Por outras palavras, a possibilidade de o credor poder reter uma coisa que deve entregar tem a potencialidade de incentivar, com maior ou menor intensidade, o seu devedor a cumprir. Por outro lado, o grau de punição causada pela retenção deve medir-se por intermédio de uma análise concreta dos prejuízos que a privação da coisa constitui para o credor da obrigação de entrega da coisa.

³¹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 232. Sobre o princípio do cumprimento – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, IX, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 69 e ss.

³² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 840, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 346.

³³ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 230.

³⁴ Cfr. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), p. 37. Afirmando que o direito de retenção não tem uma função punitiva – v. JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção* (arcaico, mas eficaz...) cit. (nt. 10), p. 7.

³⁵ Cfr. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), p. 19.

III. Como afirmámos *supra*, o direito de retenção consiste num direito real de garantia da obrigação vencida. Assim, a retenção tem uma função de garantia³⁶. Ademais, a retenção da coisa tem a potencialidade de a proteger, por ser mais facilmente sujeita a uma penhora e subsequente venda judicial.

Constatamos ainda que o regime do direito de retenção estatui uma regra bastante própria quando confrontado com os regimes de outros direitos reais de garantia³⁷. Se geralmente o direito real de garantia prevalente é o que se constitui, sobre a mesma coisa, em primeiro lugar, a retenção de bens imóveis prevalece sobre as hipotecas anteriores que oneram a mesma coisa, nos termos do artigo 759.º, n.º 2 do Código Civil. Esta norma, que privilegia o retentor perante o credor hipotecário, parte da ideia de que os créditos que conferem direitos de retenção sobre imóveis constituem uma parcela do valor total da coisa³⁸. Ela pretende, deste modo, evitar o enriquecimento dos credores hipotecários à custa do terceiro³⁹. Contudo, nada no regime da retenção presente no Código Civil afasta a aplicação desta prevalência, e também a própria qualificação como direito real de garantia⁴⁰, aos casos em que a retenção surge por via de uma conexão jurídica, ao abrigo do artigo 755.º do Código Civil. Esta circunstância tem motivado diversas críticas da doutrina⁴¹, em especial perante uma retenção que garanta os créditos incluídos na alínea f), do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil⁴².

³⁶ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 345.

³⁷ Sobre as regras da prevalência tipo III, que estabelecem a ordenação das garantias reais – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direitos reais*, XIII cit. (nt. 15), p. 274.

³⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, O novíssimo regime do contrato-promessa, in *Estudos de direito civil*, I, Coimbra, 1987, (9-93), p. 87.

³⁹ Cfr. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), pp. 132-133; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 782. António Menezes Cordeiro também aponta como justificação para esta prevalência a ideia de que nas retenções normalmente estão em causa pequenos valores que não prejudicam os credores hipotecários – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 844.

⁴⁰ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 371.

⁴¹ Afirmando que tendo em vista assegurar a coerência de efeitos jurídicos entre as diversas formas de recusa de cumprimento de uma obrigação para tutela de um direito de crédito, o direito de retenção apenas deveria constituir um direito real de garantia nos casos do artigo 754.º do Código Civil – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 759.º, in *Comentário ao código civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, José Carlos Brandão Proença (org.), Lisboa, 2019, p. 1024.

⁴² Alguma doutrina tem tentado mitigar os efeitos perniciosos da prevalência da retenção a hipotecas anteriores aos casos de direito de retenção derivados do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil, através de interpretações corretivas. Em especial, há interpretações que estabelecem critérios adicionais

IV. A função compulsória é historicamente a prevalente⁴³. É também a função exclusiva em algumas figuras de direito de retenção presentes em ordenamentos estrangeiros. Tem-se, no entanto, afirmado que a função compulsória introduz no direito de retenção uma função de garantia indireta. A retenção do bem impulsiona psicologicamente o devedor a cumprir. Deste modo, e por si só, o devedor sente-se impelido ao cumprimento da obrigação em causa com prioridade face às restantes obrigações que tem de saldar para com outros credores. Por outro lado, a retenção consegue proteger o retentor, pois mantém a detenção da coisa caso o devedor não cumpra, se bem que, em boa verdade, esta qualificação opera com base numa visão muito lata do conceito de garantia⁴⁴.

Determinada doutrina considera a função de garantia no direito de retenção um seu aprofundamento lógico⁴⁵. Voltaremos a esta ideia abaixo, mas, no fundo,

ao mero preenchimento do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil – v. L. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 365 e ss. Interpretações que restringem o âmbito de aplicação da norma – v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações: introdução e constituição das obrigações*, I, 15.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 240-243, secundada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, VII, Almedina, Coimbra, 2016, p. 402. Há soluções que apontam uma interpretação que afirmam mais atualista e conforme com o regime constitucional – v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 236. Por fim, há doutrina que concorda com a solução legal – v. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 1990, p. 281. Não vamos analisar esta questão. Apenas diremos que a norma deve ser repensada no plano do direito a constituir. Nestes termos – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 323. Para além do mais, as interpretações aqui vincadas afastam-se, sem um mínimo de correspondência verbal, da letra da lei. Por outro lado, existe jurisprudência constitucional concluindo pela não inconstitucionalidade da norma – v. o Ac. do TC; n.º 356/2004, 19 de maio de 2004; disponível em www.tribunalconstitucional.pt, se bem que por vezes não é acompanhada pelo STJ – v. Ac. do STJ; n.º 1242/10.GYYPRT-A.P1.S1, 9 de julho de 2015; disponível em www.dgsi.pt.

⁴³ Nos dias de hoje, permanece doutrina afirmando que o direito de retenção assume essencialmente uma função compulsória – v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direitos reais*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 516, e MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, *Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento* cit. (nt. 6), p. 237.

⁴⁴ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *O direito de retenção no contrato de empreitada* cit. (nt. 12), 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*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 309-310. Negando a qualificação como garantia, porque a exceção não alarga nem refina a massa patrimonial responsável – v. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 79.

⁴⁵ Cfr. JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)* cit. (nt. 10), p. 6, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 840, e ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 72.

afere-se esta conclusão porque nos casos em que a coisa concreta não tenha um valor suficiente para que se atribuísse função compulsória ao direito de retenção, a retenção podia prevalecer no tempo⁴⁶, o que colocaria o retentor numa posição bastante desvantajosa, já que tinha de cumprir uma série de encargos perante a coisa (artigo 671.º do Código Civil, por força da aplicação do artigo 758.º do Código Civil no caso de retenção incidir sobre coisas móveis e do artigo 759.º, n.º 3 do Código Civil, no caso de retenção incidir sobre coisas imóveis), que constituiriam uma autêntico fardo, sem qualquer consequência positiva para a segurança do seu crédito. Esta conclusão tem de ser conjugada com a constatação de que o direito de retenção é um instituto que, por si, não é capaz de atribuir a propriedade da coisa ao retentor, pois a posse nos termos de direitos reais de garantia é meramente interdital, ou seja, não confere usucapião⁴⁷.

V. Para além do afirmado acima sobre o facto de a função compulsória ser meramente eventual, pensamos que esta função, mesmo tendo a potencialidade de ocorrer, não é tão querida ao regime da retenção quando comparada com a função de garantia⁴⁸.

Com efeito, é possível afastar-se a retenção com a prestação de uma caução suficiente. Por causa desta possibilidade e tendo em consideração que a função compulsória atua fundamentalmente devido à coação psicológica que a retenção exerce sobre o devedor⁴⁹, podem ocorrer casos de obnubilação da função compulsória perante a possibilidade da prestação da caução. O mesmo já não acontece com a função de garantia. Por exemplo, imaginemos o caso em que o devedor tem um apego imaterial com a coisa superior ao valor material da própria coisa retida, equivalente ou inferior ao valor do sacrifício no cumprimento da obrigação garantida. Facilmente é prestada a caução suficiente e recebe-se o bem que, funcionalmente, era o que mais coagia ao cumprimento da obrigação⁵⁰.

⁴⁶ Sobre a provisoriedade como uma característica do direito de retenção – v. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), pp. 71 e ss.

⁴⁷ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direitos reais*, XIII cit. (nt. 15), p. 626.

⁴⁸ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 389.

⁴⁹ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 237.

⁵⁰ Embora se possa discutir até que ponto o conceito de “suficiente” obriga a que a caução se aproxime no máximo possível aos benefícios concedidos pela retenção – v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações* cit. (nt. 12), p. 239. Vaz Serra afirmava que a caução não podia deixar o credor numa posição pior do que aquela que lhe era conferida com a retenção – v. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Direito de retenção*, *BMJ*, 65, (1957), (103-262), p. 175.

Ou seja, a função da retenção é principalmente a de garantir que o retentor não ficará obrigado a restituir a coisa retida sem ser devidamente salvaguardado o cumprimento da obrigação vencida. Aliás, o critério da suficiência na caução tem de ser interpretado como o do valor suficiente para a garantia da obrigação vencida, que pode ser inferior ao valor da coisa retida⁵¹.

Esta conclusão também parece ser suportada por outro ponto do regime. Veja-se o aqui já referido artigo 756.º, alínea c) do Código Civil. As coisas impenhoráveis têm, por vezes, um grande valor compulsório, mas o regime preferiu trazer uma norma relativa às impossibilidades de efetivação das garantias para conformar o que podia ser ou não retido. Ou seja, normas associadas ao regime operativo das garantias são conformadoras do que pode ser retido, em claro prejuízo da força compulsória dos bens em causa.

Contudo, há quem considere, nos casos do direito de retenção ao abrigo do artigo 755.º do Código Civil, ser de admitir a retenção de coisas impenhoráveis se a *ratio* do regime das impenhorabilidades não se opuser e sob condição dessa retenção não se qualificar como uma garantia real⁵². Esta orientação pressupõe a aceitação da figura de um direito de retenção puramente obrigacional. Além disso, também que o mesmo possa ser invocado perante casos que o regime confere um direito de retenção qualificável como garantia real. Este último passo parece duvidoso pois, como afirmámos, a função de garantia é um aprofundamento lógico querido pelo direito e é hoje imposta nos casos regulados pelos artigos 754.º e 755.º ambos do Código Civil. No entanto, somos sensíveis aos argumentos que afirmam a existência no regime das impenhorabilidades de regras desadequadas ao direito de retenção e que não têm por fundamento a tutela da pessoa humana nem a lógica das *res extra commercium*, mas servem interesses que relevam apenas à venda judicial – como parece ser o caso do já referido artigo 736.º, alínea c) do Código de Processo Civil – o que pode facilitar a adoção da posição que contrariámos.

VI. Lateralmente relacionado com a questões da função do direito de retenção, especialmente para preservar a sua eficácia funcional, a doutrina, não de forma incontroversa⁵³, tem por vezes aceite a oponibilidade da retenção a terceiros proprietários,

⁵¹ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 389.

⁵² *Cfr.* MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, *Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento* cit. (nt. 6), p. 194.

⁵³ A controvérsia da oponibilidade do direito de retenção tem por vezes sido associada aos casos em que a coisa retida apenas se connexiona juridicamente com a obrigação garantida, porque a conexão

no caso de o proprietário da coisa retida não ser o devedor da obrigação garantida pela retenção. Este é sensivelmente um problema de prevalência deste direito real de garantia sobre o direito de propriedade. Coloca-se por causa de o direito de retenção ser um direito sobre uma coisa, assim como para evitar fraudes ao seu regime. A ser aceite, o retentor pode recusar a entrega do bem retido ao seu legítimo titular, enquanto um terceiro sujeito, o devedor do retentor, não cumprir a obrigação garantida.

Certa doutrina segue esta orientação exceto nos casos em que a coisa, ao momento da constituição do direito de retenção, era propriedade de terceiro que não o devedor do crédito conexo. Esta corrente parece deslocar o problema da inoponibilidade da retenção para o da legitimidade da sua constituição⁵⁴. Temos dúvidas sobre a bondade desta solução. Com efeito, partindo da ideia de que os direitos reais menores apenas podem ser constituídos com a vontade do titular da coisa onerada, esquece-se que no regime atual o direito de retenção constitui-se *ex lege*⁵⁵, assim como se esquece que nada no seu regime aponta de forma direta para a tutela da vontade do terceiro proprietário. Aliás, a doutrina tem demonstrado como o artigo 667.º, n.º 1 do Código Civil não se aplica à retenção⁵⁶. Para além

que o crédito reivindicado tem com a coisa é mais ténue face à exigida pelo artigo 754.º do Código Civil. Se este enquadramento é duvidoso, porque na generalidade dos casos do artigo 755.º Código Civil a conexão que se estabelece entre as coisas e as obrigações garantidas também se reporta a despesas relacionadas com as coisas, é verdade que nas hipóteses em que a conexão é material, a oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção pode ser justificada para que o terceiro proprietário não enriqueça injustificadamente com a receção da coisa, sem prejuízo da previsão do artigo 754.º do Código Civil não pedir que a despesa feita por causa da coisa resulte em mais valias sobre a coisa. Júlio Gomes defende que se a conexão for jurídica, só há oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção caso a coisa retida tenha sido transmitida pelo devedor ao terceiro após a constituição de o direito de retenção, se material, a retenção é oponível caso de o retentor tenha aumentado o valor da coisa retida – *v.* JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção* (arcaico, mas eficaz...) cit. (nt. 10), p. 16. No entanto, Cláudia Madaleno afirma de forma bastante clara que não há diferença no regime que justifique esta dualidade de respostas – *v.* CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 119. Para além do mais, os casos em que o terceiro é enriquecido podem bem ser resolvidos à luz do enriquecimento sem causa, cujas obrigações resultantes podem ser garantidas ao abrigo do direito de retenção – *v.* ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 298 e ss.

⁵⁴ *V.* ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 758.º, in *Comentário ao código civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, José Carlos Brandão Proença (org.), Lisboa, 2019, p. 1019. Afirmando que o problema deve ser tratado ao abrigo da constituição do direito de retenção – *v.* MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, *Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento* cit. (nt. 6), p. 190.

⁵⁵ *V.* FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria* cit. (nt. 25), p. 585.

⁵⁶ *V.* FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria* cit. (nt. 25), p. 628, e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações* cit. (nt. 24), p. 379.

do mais, não consta como pressuposto do direito de retenção a propriedade do bem retido estar na esfera do devedor da obrigação garantida⁵⁷. O único reduto de tutela do terceiro proprietário reconduz-se ao disposto da alínea a), do artigo 756.º do Código Civil, nos termos acima referidos, mas, mesmo aqui, a tutela é bastante indireta e lateral.

Perante isto somos favoráveis à opinião que o direito de retenção é oponível ao terceiro proprietário⁵⁸, independentemente de ser o proprietário da coisa retida antes da constituição do direito de retenção exercido⁵⁹.

VII. Por fim, o direito de retenção faz suscitar questões relativas à autotutela no direito civil⁶⁰. De facto, o direito de retenção implica a não entrega de uma coisa para coagir o cumprimento e para garantia de uma obrigação. Por outro lado, a sua invocação depende da vontade do credor, sem o recurso a atos do poder público. Assim, a doutrina tem indicado que o direito de retenção é uma figura de autotutela e, por isso, excecional, não podendo ser alargado analogicamente⁶¹.

O direito regula várias figuras tuteladoras de posições jurídicas que são exercidas pelo interessado e dispensam o recurso a atos públicos. De facto, a autotutela tem algumas vantagens, entre as quais a salvaguarda de um direito sem recurso a morosos processos judiciais, mas a autotutela não é, em geral, querida pelo direito, pois este considera a tutela pública como um marco civilizacional⁶². Quando o direito permite o recurso à autotutela, fá-lo a título excecional.

Contudo, estas conclusões não tomam em consideração a existência de diferentes tipos de exercício de autotutela de um direito. Por vezes a autotutela implica o recurso à força, mas nem sempre tal acontece. Aliás, a própria letra do artigo 1.º do Código de Processo Civil, proibindo a autodefesa, resume-se literalmente à proibição do uso da força para a realização ou para se assegurar um direito próprio,

⁵⁷ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações* cit. (nt. 24), p. 379.

⁵⁸ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 839.

⁵⁹ Esta solução não tem sido acompanhada por alguma jurisprudência – v. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães; n.º 3517/16.1T8BRG.G1, 7 de dezembro de 2016; disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁰ V. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 125, MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, *Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento* cit. (nt. 6), p. 234, ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 81, e LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), pp. 9 e ss.

⁶¹ *Cfr.* LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), pp. 13 e ss., 62 e 81.

⁶² *Cfr.* ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 353, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 230.

exceto dentro dos termos e limites permitidos pela própria lei. O direito de retenção parece relacionar-se com os casos em que a autotutela não implica o recurso à força. Na verdade, é um caso de autotutela defensiva e passiva. Por outro lado, o exercício do direito de retenção está sujeito à vigilância e controlo por parte do poder judicial⁶³ e deve ser enquadrado numa solução que se justifica como meio de defesa do credor permitido pelo direito, simples e célere, evitando-se o recurso às ações de cumprimento⁶⁴.

Esta argumentação parece-nos ser suficiente para questionar a ideia defensora da proibição do alargamento, por analogia, dos casos em que é possível a invocação de um direito de retenção, fundada no argumento de que se trata de uma figura da autotutela.

1.3. Fundamentação do direito de retenção

I. O direito de retenção é um direito que confere uma posição de força ao retentor, desobrigando-o de cumprir uma obrigação de entrega de uma coisa a quem a devia receber. Esta posição pode contrariar princípios com bastante relevância no direito civil, como o que afirma que as obrigações devem ser cumpridas de forma pontual⁶⁵. A fundamentação encontrada para o direito de retenção deve ser adequada a fixar a sua força em conformidade com a que é conferida pela lei.

Autores encontram na *exceptio doli*⁶⁶, que no direito romano permitia deter uma *actio* injusta⁶⁷, e nos *bonae fidei iudicia* a origem histórica do direito de retenção⁶⁸. Em boa razão, a retenção surge para permitir que um devedor não cumpra a sua obrigação de entrega de uma coisa nos casos e até que o seu credor não cumpra perante si uma obrigação conexa com essa coisa. Se assim não fosse cair-se-ia numa situação materialmente injusta, contrária ao senso comum.

⁶³ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 234.

⁶⁴ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 353-355.

⁶⁵ V. JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)* cit. (nt. 10), p. 7.

⁶⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 822.

⁶⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 675.

⁶⁸ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 51 e ss., e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 722. Determinada doutrina encontra disposições imemorais semelhantes ao direito de retenção no direito hindu, grego e hebraico – v. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), pp. 22-23.

Entende-se ser a equidade⁶⁹ ou a boa fé⁷⁰ o fundamento material do direito de retenção. Tõme-se nota que, em certas circunstâncias, os conceitos de equidade e de boa fé são usados de forma nebulosa e até como sinónimos⁷¹.

Uma primeira nota, se é verdade, como já fizemos constar, que se certas soluções do regime do direito de retenção são baseadas no princípio de proibição do enriquecimento ilícito, o fundamento da retenção não pode ser obtido na figura do enriquecimento sem causa. Para justificar esta observação, basta verificar que nem todas as retenções possíveis garantem as obrigações que resultem de mais valias feitas na coisa retida e reter uma coisa não significa ter um direito real sobre o valor acrescentado à coisa, mas sim um direito real cujo objeto é a coisa em si⁷².

II. Começando pelas posições defensoras da equidade como fundamento do direito de retenção, não nos podemos olvidar que a equidade está associada a um apelo às particularidades de uma questão concreta, de modo a corrigir as injustiças causadas pela aplicação de normas gerais e abstratas. Esta conceção também se encontra associada à ideia de uma justiça do caso concreto sem a peneira da aplicação de quaisquer normas gerais e abstratas⁷³. No fundo, a equidade representa uma remissão para critérios extra-sistemáticos, permitindo ao julgador tomar decisões à revelia do direito estrito⁷⁴. Este caminho implica um prescindir formal da ciência do direito⁷⁵, pois o pensamento subjacente à solução pela equidade tem apenas como *atenção* o caso concreto, descurando a uniformização e regras homogêneas que se configuram como pressupostos para a resolução do caso⁷⁶.

Por causa desta caracterização, não pensamos ser a equidade o fundamento operativo deste direito real de garantia regulado no Código Civil. Ora, quando nos referimos ao direito de retenção consideramos um direito subjetivo que, concetualmente, está integrado no sistema jurídico e, por causa disso, não pode ser fundamentado

⁶⁹ V. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, O direito de retenção no contrato de empreitada cit. (nt. 12), p. 16. Afirmando que “parece equitativo” o reconhecimento do direito de retenção – v. VAZ SERRA, Direito de retenção cit. (nt. 50), pp. 105 e 163 e LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), p. 70.

⁷⁰ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 393-394.

⁷¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), pp. 1197 e ss.

⁷² Cfr. VAZ SERRA, Direito de retenção cit. (nt. 50), p. 149.

⁷³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1199.

⁷⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1205.

⁷⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1205.

⁷⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 29.

em algo que nos remete, por conceito, para o plano extra-sistemático. Por outro lado, a aplicação do regime do direito de retenção não prescinde da ciência do direito, porque, surgindo regulado por normas gerais e abstratas, não pode ser obtido num empirismo e na solução casuística⁷⁷ que esquece as suas previsões.

III. O fundamento do direito de retenção também tem sido explicado ao abrigo do conceito da boa fé objetiva. Com este fundamento, suprimimos as críticas que fizemos valer para o conceito de equidade como fundamento do direito de retenção. De facto, a boa fé, ao contrário da equidade, opera dentro do plano sistemático e nos termos da ciência do direito, traduzindo, no caso concreto, uma projeção dos dados que o sistema considera relevantes⁷⁸.

Vejamos então, com mais pormenor, o significado de fundamentar o direito de retenção pela boa fé.

Primeiro de tudo, importa sublinhar que pela natureza das coisas a retenção traduz-se, normalmente, como um reduto, por vezes o único e último⁷⁹, de salvaguarda do crédito⁸⁰ do retentor e, por isso, dá segurança ao seu cumprimento⁸¹. Por outras palavras, a retenção protege o interesse do retentor no cumprimento de uma obrigação de que é credor⁸². Esta observação, resultante do domínio dos factos, mas considerada na configuração jurídica do direito de retenção, permite concluir que o direito de retenção tem, normalmente, uma função compulsória. Para além do mais, vimos também como, por mero aprofundamento lógico, foi concedida uma função de garantia ao direito de retenção, o que na verdade se adequa bastante à ideia de o direito de retenção proteger o interesse do retentor no cumprimento, pois constitui-se como uma garantia reforçadora do crédito garantido⁸³. Não nos podemos olvidar nesta senda que as garantias têm como escopo o reforço das expectativas do credor à obtenção do bem representado por uma obrigação⁸⁴.

⁷⁷ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1208.

⁷⁸ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1299.

⁷⁹ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 349.

⁸⁰ *Cfr.* FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit. (nt. 21), p. 263, e VÁZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), p. 138.

⁸¹ Afirmando o direito de retenção como um direito que confere segurança – v. ROLF KELLER, *Das Zurückbehaltungsrecht nach §273 BGB* cit. (nt. 2), p. 665.

⁸² V. ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 64.

⁸³ *Cfr.* CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores: expectativa vs. realidade: do cumprimento voluntário à insolvência-liquidação*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 17.

⁸⁴ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 35.

No entanto, este raciocínio tem que naturalmente se limitar à abrangência das coisas que podem ser retidas. Só as coisas conexas, de alguma forma relevante, com a obrigação vencida é que podem ser retidas pelo credor para salvaguarda do cumprimento dessa obrigação. Esta conceptualização permite afirmar que não se pode exigir o cumprimento de uma obrigação de entrega de uma coisa a quem ainda não cumpriu uma dívida conexa com essa coisa já vencida⁸⁵.

Por outras palavras, o sistema não pretende a saída da coisa do controlo material do retentor até ao cumprimento pelo devedor da obrigação, porque só tem sentido exigir a liberação do que dá segurança ao cumprimento da obrigação quando a mesma tenha sido cumprida. Assim, o credor da obrigação de entrega da coisa não pode exigir o cumprimento dessa obrigação nos casos em que também não cumpriu perante quem devia entregar-lhe a coisa uma obrigação recíproca conexa com essa coisa⁸⁶, exceto se se dispuser a cumprir. Se se exigisse o cumprimento da obrigação de entrega da coisa mesmo perante o não cumprimento da obrigação conexa com a coisa cair-se-ia numa desproteção do credor da obrigação vencida, o que configuraria um desequilíbrio nas posições entre as partes envolvidas na contenda⁸⁷.

Ora, esse referido desequilíbrio é o que a boa fé impede. Na verdade, a sua atuação nestes casos implica o equilíbrio, isto é, que o sistema confira um direito de retenção ao sujeito devedor da entrega da coisa.

Esta análise aproxima o direito de retenção da construção dogmática do *tu quoque*.

IV. O *tu quoque* refere-se à afirmação de que uma pessoa que viole uma norma jurídica cai em abuso, por contradição à conduta exigida pela boa fé, se exercer uma posição jurídica conferida pela norma que violou⁸⁸.

A figura tem uma expressão contratual nos casos em que as normas violadas e as posições jurídicas exercidas surgem da mesma relação contratual, o que pode encontrar conteúdo material na natureza do sinalagma contratual. No fundo, qualquer atentado a uma das prestações integradas dentro de um sinalagma altera

⁸⁵ V. ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 84.

⁸⁶ V. ROLF KELLER, *Das Zurückbehaltungsrecht nach §273 BGB* cit. (nt. 2), p. 665.

⁸⁷ V. MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, *Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento* cit. (nt. 6), p. 198, e ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 85.

⁸⁸ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 837.

a estrutura do contrato, atingindo as restantes prestações⁸⁹. Esta construção pode explicar e auxiliar a interpretação da figura da exceção de não cumprimento⁹⁰.

No entanto, o *tu quoque* pode ter uma expressão fora do fenómeno contratual. Isso ocorre, em especial, quando, por força de um comportamento anterior do beneficiário de uma posição jurídica, a configuração dessa posição foi alterada de modo a impossibilitar, ao seu abrigo, e por exigência da boa fé, atuações anteriormente admitidas⁹¹.

Conjugando, o *tu quoque* demonstra uma reação do sistema ao desequilíbrio causado por atuação de um sujeito a uma regulação material instituída, independentemente de ter sido enquadrado no espaço de uma relação contratual e sinalagmática. Esse desequilíbrio no complexo regulativo a que pertence a posição jurídica tem como consequência a exigência do sistema no restabelecimento sistemático do equilíbrio, pela boa fé e ao abrigo da primazia da materialidade subjacente⁹².

Vejamus que no direito de retenção é de boa fé a possibilidade da sua invocação, pois, caso não o fosse, e permitindo-se ao devedor exigir o cumprimento da obrigação de entrega da coisa, o sistema permitiria um desequilíbrio que, em última instância, só o abuso do direito, através da boa fé, concretizada através do princípio da materialidade subjacente, poderia impedir.

V. É a boa fé, ao abrigo da primazia da materialidade subjacente, o elemento fundante do direito de retenção.

Nesta senda, conseguimos compreender melhor as exigências postas que delimitam as coisas que podem ser retidas. A conexão entre a coisa e o crédito vencido é demonstrativa do espaço de regulação jurídica em que se podem desequilibrar as posições jurídicas das partes envolvidas.

Este raciocínio pode ser aplicado nos casos em que a retenção se funda nas conexões exigidas ao abrigo dos artigos 754.º e 755.º ambos do Código Civil. Embora nos casos do artigo 754.º do Código Civil, a obrigação vencida esteja materialmente relacionada com a coisa e, por isso, a conexão é mais intensa, pelo menos na generalidade das alíneas do artigo 755.º do Código Civil também descartinamos uma ligação entre a coisa e as despesas com ela conexas e não uma norma completamente arbitrária.

⁸⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), pp. 844-845.

⁹⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 847.

⁹¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), pp. 848 e ss.

⁹² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 376.

Ademais, a possibilidade de retenção perante o vencimento de um crédito do retentor por despesas juridicamente conexas com a coisa também se reconduz a uma exigência de equilíbrio e, por isso, à boa fé objetiva⁹³. As posições jurídicas das partes, quando uma incumpra uma obrigação conexa juridicamente com a coisa e a outra detém a coisa, estariam desequilibradas se não fosse conferido o direito de retenção ao detentor.

A opinião espelhada segue de perto a afirmada pela doutrina defensora que, pela boa fé objetiva, se pode construir no nosso direito uma figura qualificável como direito de retenção obrigacional⁹⁴ para casos omissos nos artigos 754.º e 755.º ambos do Código Civil, mas cuja ausência da possibilidade de uma retenção patenteia um desequilíbrio nas posições das partes numa relação em que existem duas obrigações recíprocas. Isto pode ocorrer independentemente das prestações recíprocas não se enquadrarem num sinalagma e de não envolverem uma prestação de *dare*. Contudo têm de estar conexas entre si por uma relação de vida unificada e internamente coerente. Esse direito de retenção apenas não seria uma garantia real por força da taxatividade dos direitos reais⁹⁵ e pelo facto de o direito de retenção ser uma figura excepcional perante o princípio geral que impõe a igualdade dos credores, mas não pode ser impedido pela afirmação de que o direito de retenção é um mecanismo de autotutela, pelos argumentos acima apresentados.

VI. Para além disto, não é só ao abrigo da primazia da materialidade subjacente, mas também no plano da tutela da confiança, que a boa fé fundamenta o direito de retenção.

⁹³ Afirmando que não é *equitativo* exigir a entrega de uma coisa sem primeiro cumprir a obrigação pela coisa originada, mas depois concluindo que para o juízo de equidade não interessa se a conexão é jurídica ou material – v. LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), pp. 70-71.

⁹⁴ V. MARIA DE LURDES PEREIRA / PEDRO MÚRIAS, Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento cit. (nt. 6), pp. 190 e ss., ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 501 e ss., e ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), pp. 84 e ss.

⁹⁵ Note-se, no entanto, que de acordo com Oliveira Ascensão não podemos confundir a tipicidade dos factos constitutivos dos direitos reais e a tipicidade da situação jurídica direito real. No direito de retenção, os artigos 754.º e 755.º do Código Civil respeitam exclusivamente aos factos constitutivos do direito de retenção e não delimitam a situação jurídica real direito de retenção. Assim, não se pode afirmar que pelo facto de a tipologia dos direitos reais ser taxativa, que os factos constitutivos do direito de retenção presentes na lei são igualmente taxativos na constituição dessa garantia real. Isto sem prejuízo de tal conclusão ser possível ao abrigo de outros argumentos, v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Petrony, Lisboa, 1968, pp. 177-181.

Com efeito, perante o incumprimento de uma das partes poderá existir uma quebra de confiança na esfera da outra parte que faz impelir o cumprimento da obrigação de entrega da coisa apenas perante o cumprimento da obrigação vencida. Esta ideia também se fortalece com a constatação de que a coisa assegura o direito de crédito do retentor. Daí que a invocação da retenção implique que a entrega da coisa apenas seja exigível ao momento do cumprimento da obrigação vencida, apesar das obrigações em causa não estarem integradas originalmente no quadro de um sinalagma funcional⁹⁶.

VII. No entanto, pode exigir-se a entrega da coisa prestando caução suficiente. Isto ocorre porque o direito de retenção não atua perante obrigações sinalagmáticas – essa é a área de atuação da exceção de não cumprimento⁹⁷. Como o plano de conexão do direito de retenção se estabelece entre a coisa e a obrigação vencida e a boa fé exige que se mantenha a coisa para salvaguardar o crédito do retentor, então mantém-se o equilíbrio exigido garantindo-se a obrigação vencida⁹⁸. Deste modo, a prestação de caução suficiente é idónea para a entrega da coisa, mantendo-se, desta forma, o equilíbrio pretendido pelo direito⁹⁹.

VIII. Mas será este raciocínio justificativo de o direito de retenção ser um direito real de garantia? Associado à qualidade de ser um direito real de garantia, o retentor fica privilegiado sobre os outros credores comuns na execução da coisa património do devedor, cuja posição fica condicionada, nos termos do artigo 604.º, n.º 2 do Código Civil. Para além do mais, a doutrina tem afirmado que o princípio da igualdade dos credores deriva, em última instância, da boa fé¹⁰⁰.

Vimos como o direito de retenção é uma exigência da boa fé, por força da segurança que a coisa dá ao retentor. Esta exigência, em princípio, estaria satisfeita se o direito de retenção tivesse apenas uma função compulsória, pois a coisa seria idónea para, na maioria dos casos e pela natureza das coisas, proteger o credor. Só que também vimos como, por vezes, a função compulsória não se atinge com a

⁹⁶ V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 360, e VAZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), p. 106.

⁹⁷ V. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* cit. (nt. 21), p. 265, e KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I cit. (nt. 26), pp. 211-212.

⁹⁸ V. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I cit. (nt. 26), pp. 212-213.

⁹⁹ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 350, ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 64, e VAZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), p. 173.

¹⁰⁰ *Cfr.* CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores* cit. (nt. 83), pp. 20, 40 e ss.

mera retenção da coisa e, por outro lado, quando não o faz, pode prolongar a retenção indefinidamente. A retenção não se pretende eterna, até porque a coisa não é, normalmente, propriedade do retentor¹⁰¹, daí que a função de garantia é um mero aprofundamento lógico do direito de retenção.

É este aprofundamento lógico que confere uma razão objetiva e justa à limitação do princípio expresso no artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil, estabelecido na lei, reforçando efetivamente a segurança do credor.

IX. No seguimento destas conclusões, podemos partir para a interpretação de pontos concretos do regime da retenção, como, por exemplo, o da interpretação do conceito de má fé usado no artigo 756.º, alínea b) do Código Civil¹⁰².

A norma suprarreferida, tal como a da alínea a) do mesmo artigo, evita que o exercício do direito de retenção seja ele próprio um abuso do direito na modalidade de *tu quoque*¹⁰³. Bem se compreende, pois caso estivéssemos perante uma hipótese em que se preenchesse as alíneas a) ou b) do artigo mencionado, o direito de retenção não visaria restabelecer o equilíbrio consagrado na figura, mas acentuaria ainda mais o desequilíbrio a favor do retentor.

No entanto, a questão interpretativa espoletada é a se o conceito de má fé usado no artigo 756.º, alínea b) do Código Civil, se refere à boa fé objetiva ou

¹⁰¹ Sobre a discussão se a coisa retida pode ser propriedade do retentor – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 301 e ss., e FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria* cit. (nt. 25), pp. 630 e ss.

¹⁰² Por causa da fundamentação que demos ao direito de retenção, podem surgir outras questões que aqui não vamos tratar, como a da constatação de certa doutrina que o direito de retenção pode ser invocado estando o que o invoca em mora do devedor da obrigação da entrega da coisa, discutindo-se até se a retenção tem eficácia retroativa como modo de exclusão total desta ilicitude – v. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 364 e ss., e ROLF KELLER, *Das Zurückbehaltungsrecht nach §273 BGB* cit. (nt. 2), p. 668. Na exceção de não cumprimento tem-se afirmado que, por exigência da boa fé, não se pode recusar o cumprimento de uma prestação sinalagmática nos casos em que já se estava em incumprimento dessa prestação – v. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 125. Numa aproximação ao problema, parece-nos que no direito de retenção a coisa é um trunfo do detentor e a sua entrega, perante o vencimento da obrigação garantida, constitui um desequilíbrio maior do que o causado pelo mero incumprimento prévio da obrigação da entrega da coisa na esfera do credor desta obrigação. Contudo a resposta pode ser diferente se quem invoca o direito de retenção está em mora da obrigação da entrega da coisa porque convencionou entregá-la antes de o vencimento da obrigação que a retenção visa garantir – v. VAZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), p. 161.

¹⁰³ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 838.

subjetiva¹⁰⁴. Somos da opinião que a alínea faz referência à boa fé objetiva, pois, se tal não fosse, a alínea perderia utilidade face à alínea a) do mesmo artigo. Para além do mais, a norma expressa “realizado de má fé” em vez de “realizar, estando de má fé”¹⁰⁵. Ou seja, se os créditos que se pretendem garantir através da retenção surgem de circunstâncias em que o retentor violou deveres objetivos de proteção e lealdade para com aquele que devia entregar a coisa retida, está preenchida a previsão da norma. Deste modo, esta não se reporta a uma qualidade imputada ao sujeito retentor, que envolva uma análise do seu estado de consciência, dependendo de uma observação fáctica da sua ignorância e da verificação do incumprimento da diligência devida¹⁰⁶.

É certo que o conceito de despesas usado na alínea deve entender-se de modo mais abrangente, por forma a englobar sem exceção os créditos suscetíveis de serem garantidos pelo direito de retenção¹⁰⁷.

X. Em última instância, como aqui já afirmamos, o direito de retenção evita que se caia numa situação de abuso do direito, embora não possa ser qualificado ele próprio como uma figura especial de abuso do direito.

Isto porque o seu exercício depende da sua invocação¹⁰⁸ e estabelece a entrega da coisa como fator de extinção do direito de retenção. Se fosse uma figura especial

¹⁰⁴ Sustentando que a boa fé é, nesta norma, subjetiva – v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações* cit. (nt. 12), p. 239. Afirmando que a boa fé é objetiva – v. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 105, ANA TAVEIRA DA FONSECA, Artigo 756.º, in *Comentário ao código civil* cit. (nt. 14), p. 1015. Para António Menezes Cordeiro, a boa fé requerida pelo artigo 756.º, alínea b) do Código Civil, é ética, em clara referência à boa fé subjetiva – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 839. Se bem que o autor também já expressou a opinião de que a boa fé referida no artigo 756.º, alínea b) do Código Civil é objetiva – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 614.

¹⁰⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 614.

¹⁰⁶ Sobre o conceito de boa fé subjetiva – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), pp. 407 e ss., e J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral, 3, relações e situações jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 178-180.

¹⁰⁷ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 313.

¹⁰⁸ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 360. Pelo contrário, a doutrina tem afirmado corretamente que o abuso do direito pode ser analisado oficiosamente – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 412. No entanto, defendendo que o abuso do direito apenas é de conhecimento oficioso dependendo do seu fundamento – v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil: uma recepção transviada, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Jorge Miranda (org.), I, Lisboa, 2006, (607-631), p. 617.

de abuso do direito, mesmo perante a entrega da coisa pelo retentor antes do cumprimento do crédito garantido, o ex-retentor poderia voltar a exigir a entrega da coisa com o motivo de a reter novamente, o que não se adequa ao disposto no artigo 761.º, 2.ª parte, do Código Civil.

2. Do exercício inadmissível do direito de retenção

2.1. Admissibilidade do abuso do direito de retenção

I. A figura do direito de retenção, suscetível de ser invocada extrajudicialmente¹⁰⁹, tem sido apontada como um instituto que, de forma geral, pode dar azo a situações abusivas. Nestes termos, o exercício do direito de retenção devia ser sufragado de acordo com o abuso do direito¹¹⁰.

II. Contudo, há quem afirme que o abuso do direito não pode intervir no exercício do direito de retenção, pois obsta ao cumprimento da função compulsória que o ordenamento reconhece nesta figura. Esta argumentação indica que o exercício do direito de retenção quer-se ou, pelo menos, é tolerado se for manifestamente desproporcional, pois quanto mais desproporcional for o direito de retenção, mais está preenchida a sua função compulsória¹¹¹.

Por outro lado, é sempre possível a prestação de uma caução suficiente para se libertar a coisa retida, isto é, o próprio regime da retenção contém disposições controladoras da sua desproporcionalidade. Sendo assim, o abuso do direito seria uma figura desnecessária na análise do exercício de um direito de retenção.

Note-se já que estes raciocínios reconduzem a figura do abuso do direito apenas a questões de manifesta desproporcionalidade.

Por fim, certa doutrina aponta a indivisibilidade do direito de retenção¹¹² como uma impossibilidade prática para a aplicação do abuso do direito perante um exercício inadmissível do direito de retenção.

¹⁰⁹ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 359.

¹¹⁰ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 343.

¹¹¹ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 356, e ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 86.

¹¹² V. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 357.

III. Não concordamos com estas posições negacionistas e ao longo destes capítulos tentaremos rebater os argumentos apresentados.

Em primeiro lugar, o abuso do direito reconduz-se a imposições sistemáticas que impedem concretos exercícios jurídicos que ocorrem dentro do espaço de liberdade permitido pelas normas jurídicas. Esta ideia é expressa de forma simples ao se constatar que só pode haver abuso se houver direito, se bem que o abuso do direito se pode reportar ao exercício de quaisquer posições jurídicas¹¹³. Estas imposições sistemáticas acontecem por exigência global do sistema perante exercícios que, apesar de não estarem diretamente regulados, o ordenamento vê como ilhas de não funcionalidade, isto é, como espaços de liberdade cujo sistema se interessa por forma a que se harmonizem com ele. O abuso do direito atua para impor as exigências do sistema nestas ilhas de não-funcionalidade e a boa fé é o conceito do qual se retiram as exigências do sistema¹¹⁴. Ora, em qualquer exercício jurídico podem ocorrer quebras com as exigências globais que o sistema impõe. Deste modo, impedir a aplicação do abuso do direito ao direito de retenção é contraditório com a construção dogmática do instituto.

Para além do mais, negar a aplicação do abuso do direito ao direito de retenção, que não surge expresso em qualquer norma do Código Civil, seria recusar os avanços científicos do direito proferidos ao abrigo deste instituto na figura do direito de retenção^{115/116}.

Depois, esta visão negacionista estrutura-se num raciocínio que põe acima de qualquer contrapeso a eficácia do direito de retenção o que, por si, é criticável, pois olvida outros valores tutelados de igual forma pela ordem jurídica face aos que enformam o direito de retenção. Para além do mais, reconduz o abuso do direito a uma figura que se limita ao controlo da manifesta desproporcionalidade. Apesar de não versarmos especificamente sobre esses temas neste trabalho, não nos podemos olvidar do papel da tutela da confiança na conformação de diversos casos típicos de aplicação da figura.

¹¹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 411.

¹¹⁴ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 882.

¹¹⁵ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 414.

¹¹⁶ No direito alemão e italiano tem-se aceitado que o direito de retenção pode ser excluído se o seu exercício violar a boa fé – v. ROLF KELLER, *Das Zurückbehaltungsrecht nach §273 BGB* cit. (nt. 2), p. 667, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I cit. (nt. 26), p. 215, e ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 63. Para além do mais, Vaz Serra também afirmava que o exercício do direito de retenção não podia contrariar a boa fé – v. VAZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), pp. 171 e ss.

Por outro lado, esquece-se que a função compulsória está mitigada no regime geral do direito de retenção, tal como tentámos demonstrar. Além do mais, mesmo que a função compulsória não estivesse mitigada no atual regime do direito de retenção, é reconhecido que o direito de retenção, por ser um meio de autotutela, revela-se como uma figura em que há a potencialidade de abusos¹¹⁷, como acima afirmámos. Negar a possibilidade do seu controlo pelo instituto do abuso do direito seria, de certo modo, permitir que este meio de autotutela fosse exercido com um grau de amplíssima liberdade.

Assim, como posição inicial, não podemos concluir que o direito de retenção é uma figura que rejeita liminarmente ter o seu exercício limitado ao abrigo do artigo 334.º do Código Civil.

IV. Associada a esta conclusão, importa afirmar que as consequências do abuso do direito no direito de retenção não se limitam à configuração de uma ilicitude apenas sindicável nos termos da responsabilidade civil, ao contrário do que parece fazer crer certa doutrina¹¹⁸.

O abuso do direito tem consequências variadas¹¹⁹. Em muitos casos, o abuso do direito pode bloquear determinados exercícios de direitos subjetivos¹²⁰. Ao longo do texto abordaremos que consequências dar aos abusos surgidos no exercício do direito de retenção.

V. Poder-se-ia também afirmar que se a boa fé é o fundamento do direito de retenção, então é o próprio direito de retenção, para ser exercido, que exigiria uma atuação não abusiva. Este argumento ganha peso analisando o fundamento que demos ao direito de retenção. Se o mesmo pretende mitigar o desequilíbrio nas posições jurídicas das partes, isto significa que o direito de retenção não pode ser exercido caso esse exercício afundasse ainda mais os desequilíbrios entre as partes, o que seria o que ocorreria perante um exercício desproporcional do direito de retenção. Nesta senda, questões de desproporcionalidade não seriam resolvidas através de um instituto essencialmente externo – o abuso do direito – mas sim através dos pressupostos gerais da figura.

¹¹⁷ *Cf.* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 234.

¹¹⁸ V. FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria* cit. (nt. 25), p. 616.

¹¹⁹ Sobre as consequências do abuso do direito – *v.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 413.

¹²⁰ V. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 112.

O grande óbice desta visão é a inexistência de normas concretas no regime do direito de retenção, com a exceção do artigo 756.º, alíneas c) e d) do Código Civil, que perpassam exigências de respeito pela não desproporcionalidade no exercício do direito de retenção. Aliás, esta conclusão é a base das doutrinas negacionistas à aplicação do abuso do direito no exercício do direito de retenção – no sentido em que as mesmas se focam na ideia de que a figura rejeita intrinsecamente exigências de não desproporcionalidade. De facto, o funcionamento de uma exceção de direito material fundada na boa fé pode revelar-se de aplicação bastante formal, que descure o conteúdo material na sua saída única¹²¹.

Note-se que esta conclusão não pode ser transposta sem mais para figuras especiais do direito de retenção, como o direito de retenção do advogado. O aqui já citado artigo 101.º, n.º 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados, afirma que o advogado não goza de direito de retenção sobre valores, objetos ou documentos para garantia do pagamento dos honorários e o reembolso das despesas caso a concreta retenção cause ao cliente “prejuízos irreparáveis” ou os valores, objetos ou documentos que se pretende reter sejam necessários para prova do direito do cliente (um caso especial de retenção que tem a potencialidade de causar prejuízos irreparáveis para o cliente). Ora, esta é uma estatuição expressa da necessidade de o exercício do direito de retenção não ser, em concreto, manifestamente desproporcional.

2.2. Desproporcionalidade e abuso do direito

I. No percurso feito até aqui, demos como pressuposto que o abuso do direito impediria casos de exercícios de direito desproporcionais. No entanto, isto não é uma evidência. Por exemplo, Oliveira Ascensão defende que questões de ponderação objetiva de interesses não podem ser analisadas ao abrigo do instituto do abuso do direito¹²², afirmando que o que está em causa na grave desproporção é uma circunstância inteiramente objetiva que não está relacionada com a reprovabilidade de um determinado exercício jurídico¹²³.

Importa procurar então se questões de desproporcionalidade podem ser resolvidas ao abrigo do abuso do direito.

¹²¹ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 305.

¹²² V. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil cit. (nt. 108), pp. 621 e ss.

¹²³ Cf. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, 3 cit. (nt. 106), pp. 287-288.

II. O princípio da proporcionalidade é uma imposição normativa normalmente preenchida com recurso à ideia da proibição do excesso¹²⁴.

Em primeiro plano, o princípio da proporcionalidade é um princípio jurídico. Isto significa que é uma norma abstrata e relativamente indeterminada¹²⁵. Os princípios não valem sem exceção, podem entrar em contradição, não têm pretensões de exclusividade e ostentam o seu sentido próprio numa combinação de complementação e restrição recíproca¹²⁶. Apesar de considerações de proporcionalidade secundarem todo o pensamento jurídico, pensamos que o princípio da proporcionalidade vale com individualidade e autonomia quando coloca em evidência a necessidade de ter em consideração o potencial confronto entre dois bens protegidos perante a aplicação de normas que tutelam apenas um desses bens¹²⁷. Esse confronto entre dois bens protegidos será resolvido de acordo com um método racional imposto pela proporcionalidade.

Em segundo lugar, o princípio da proporcionalidade revela-se como um pilar da ordem constitucional, limitando o exercício dos entes públicos. Mas o princípio também atua na concretização de exigências do direito civil, com recurso na atividade de interpretação, de aplicação¹²⁸ e sendo até constitutivo de certas normas jurídicas do Código Civil¹²⁹ – veja-se o caso do artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil. Com isto não negamos ser necessário ter sempre cautela na transposição de princípios constitucionais no direito privado, de modo que se tenham em consideração as especificidades das relações privadas¹³⁰.

¹²⁴ Cfr. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado, in *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Diogo Freitas do Amaral / Carlos Ferreira de Almeida / Marta Tavares de Almeida (org.), II, Coimbra, 2008, (23-51), p. 23.

¹²⁵ V. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), pp. 42-43.

¹²⁶ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, (trad. port. – *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*), 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2019, pp. 88 e ss.

¹²⁷ Daí afirmar-se que o princípio da proporcionalidade se aplica nos casos em que o ato sujeito a escrutínio opera uma efetiva restrição de um dos bens em conflitos como forma de garantir a prossecução de outro – v. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), p. 47.

¹²⁸ De acordo com Larenz, a “proporcionalidade converte-se em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma” – cfr. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (trad. port. *Metodologia da ciência do direito*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 586.

¹²⁹ V. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), pp. 31 e ss.

¹³⁰ V. CAROLINA CUNHA, *A par condicio creditorum como igualdade formal dos credores* cit. (nt. 83), p. 19.

Em terceiro lugar, é aceite que o atual Código Civil surge como oposição ao Código de Seabra na quebra de uma hegemonia absoluta do princípio da liberdade contratual, introduzindo fórmulas abertas que podem acautelar exigências comutativas¹³¹ e perpassando a construção de que o princípio da proporcionalidade é um instrumento da busca de uma mais sólida e certa ideia de justiça¹³².

A proporcionalidade no direito civil é muitas vezes tratada ao abrigo de um discutido princípio de equivalência contratual¹³³. Dentro de um contrato comutativo, as prestações das contrapartes devem ser equivalentes. Isto não significa necessariamente que as prestações tenham de ser quantitativa e qualitativamente iguais, mas que a sua desigualdade não atinja um determinado grau manifesto¹³⁴ que lhes tire sustento para as qualificar como equivalentes. Em verdade, a ideia de equilíbrio no contrato é bastante antiga, mas a ela parece não ser dado grande relevo no direito contratual moderno¹³⁵. Aliás, nas palavras de António Menezes Cordeiro, o seu tratamento parece ser o de uma mera “rúbrica discreta”¹³⁶, embora pareça existir figuras no nosso ordenamento civil que têm como fundamento a ideia de uma certa equivalência entre prestações¹³⁷.

Pensamos, antes de tudo, na necessidade de ter cautela na formulação do princípio da equivalência contratual, de forma a não mitigar em excesso a autonomia da vontade das partes, principalmente quando ambas as partes de um contrato estão materialmente em igual posição. Veja-se que é só perante uma situação de aproveitamento da vulnerabilidade subjetiva da contraparte que atua a proibição da usura. Para esta funcionar, exige-se igualmente não uma mínima, mas uma excessiva desproporcionalidade, ao abrigo do artigo 282.º do Código Civil¹³⁸. Compreende-se bem aqui a afirmação de que o direito civil também surge para a defesa dos mais fracos¹³⁹, até para a tutela da sua liberdade contratual. No

¹³¹ V. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, Da proporcionalidade obrigacional, in *Estudos de direito das obrigações*, Porto, (133-171), p. 135.

¹³² V. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), p. 29.

¹³³ Sobre o mesmo, v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, 3 cit. (nt. 106), pp. 252-263.

¹³⁴ V. RUI PINTO DUARTE, O equilíbrio contratual como princípio jurídico, in *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*, Maria João Antunes (org.), Coimbra, 2014, (1331-1345), p. 1336.

¹³⁵ V. RUI PINTO DUARTE, O equilíbrio contratual como princípio jurídico cit. (nt. 134), p. 1333.

¹³⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: parte geral*, II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 469.

¹³⁷ V. RUI PINTO DUARTE, O equilíbrio contratual como princípio jurídico cit. (nt. 134), p. 1335.

¹³⁸ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), pp. 111-113.

¹³⁹ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 191.

entanto, quando ambas as partes estão em igual posição, não há justificação funcional para restringir a autonomia privada, aliás, estando esta constitucionalmente estatuída¹⁴⁰.

III. No entanto, os problemas de desproporcionalidade no direito de retenção não parecem surgir dos casos em que o princípio da equivalência contratual se pode potencialmente aplicar.

Aliás, a própria existência de uma relação contratual com prestações bilaterais não é um pressuposto do direito de retenção, como muito menos o é a existência de um sinalagma entre a obrigação de entrega da coisa e a obrigação vencida. Por outro lado, o direito de retenção não surge por simples vontade das partes, mas da lei. Ademais, as garantias têm uma natureza unilateral¹⁴¹.

Por fim, há que distinguir, para estes efeitos, o plano da estipulação e exigibilidade das prestações estipuladas, no qual se enquadra o problema do equilíbrio contratual¹⁴² e o plano da tutela das posições jurídicas, onde encontramos a figura do direito de retenção. Neste último, tem-se afirmado que “o ordenamento jurídico não permite a imolação do devedor no altar dessa tutela”¹⁴³ – veja-se o artigo 812.º do Código Civil, que analisaremos abaixo.

IV. Depois destas considerações sobre o problema da proporcionalidade, cabe debruçarmo-nos especificamente sobre a questão introdutória deste capítulo. A desproporcionalidade pode ser reconduzida ao abuso do direito?

De facto, alguma doutrina tem apontado a figura do abuso do direito como introdutora de juízos de proporcionalidade no exercício de posições jurídicas¹⁴⁴. Estas referências podem ser compreendidas ao abrigo do conceito de boa fé e da sua concretização através da tutela da materialidade subjacente, mas, como vimos, a posição não é unânime.

O abuso do direito é um instituto que, no regime português, surge enformado pela boa fé, por causa da sua evolução histórica e dogmática, mas também devido à inatendibilidade dos bons costumes e da função económica e social dos

¹⁴⁰ V. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Desvinculação programada do contrato*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 46 e ss.

¹⁴¹ *Cf.*: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 207.

¹⁴² *Cf.*: RUI PINTO DUARTE, O equilíbrio contratual como princípio jurídico cit. (nt. 134), p. 1336.

¹⁴³ *Cf.*: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida* cit. (nt. 44), p. 42.

¹⁴⁴ *Cf.*: ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), p. 35.

direitos¹⁴⁵. A boa fé é um conceito indeterminado que exprime os vetores fundamentais do sistema¹⁴⁶. Nestes termos, sendo a proporcionalidade um dos princípios do sistema, a boa fé pode em princípio revelar-se como orientadora de uma solução não desproporcional ou, pelo menos, no quadro da aplicação do abuso do direito, como impedindo um exercício manifestamente desproporcionado, sempre através de uma análise global da situação em jogo¹⁴⁷.

A tutela da materialidade subjacente auxilia o preenchimento concreto do conceito de boa fé, combatendo os formalismos derivados de uma subordinação rígida ao disposto nas normas jurídicas¹⁴⁸, introduz referências à antiga ideia de justiça comutativa¹⁴⁹ e obriga à análise conjunta da situação fáctica presente que necessita de ser efetivamente ponderada perante um exercício jurídico¹⁵⁰. A tutela da materialidade subjacente explica as soluções dadas aos casos agrupados sob a figura do *tu quoque*, já referido, mas também aos que se agrupam sob a figura do desequilíbrio no exercício jurídico.

V. O desequilíbrio no exercício jurídico relaciona-se com um despropósito entre o exercício de uma posição jurídica e os efeitos dele derivados¹⁵¹ e nele se incluem as hipóteses de desproporcionalidade entre as vantagens auferidas pelos titulares de uma posição jurídica e os sacrifícios impostos a outrem pelo exercício dessa mesma posição jurídica¹⁵². Ocorrem em casos nos quais há a atuação de poderes sanção por faltas insignificantes, o exercício cause lesões intoleráveis ou o exercício seja realizado sem consideração pela situação especial em que ocorre¹⁵³.

Assim, a proporcionalidade tem capacidade para limitar exteriormente a discricionariedade dos exercícios de direitos mediante uma obrigação universal negativa de condutas¹⁵⁴.

¹⁴⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 410, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 901.

¹⁴⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 410.

¹⁴⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), p. 416.

¹⁴⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1252.

¹⁴⁹ V. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, 3 cit. (nt. 106), p. 182.

¹⁵⁰ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), pp. 1253 e ss.

¹⁵¹ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 853.

¹⁵² V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 857.

¹⁵³ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 857.

¹⁵⁴ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, A cláusula do razoável, in *João Baptista Machado: obra dispersa*, I, Braga, 1991, (457-621), p. 465.

Nesta senda, os sujeitos, ao exercerem direitos subjetivos, devem manter-se dentro dos limites do que é o razoável¹⁵⁵. A limitação conferida pela proporcionalidade pressupõe uma ponderação concreta de interesses e bens conexions, por forma a determinar se a atuação pretendida compensa as lesões que causa em função da sua finalidade de modo que se possa considerar tolerável¹⁵⁶, mas a ela também revela conceitos como os da adequação e necessidade¹⁵⁷. O conceito de necessidade estatui que a atuação juridicamente relevante deve pugnar por ser a que, dentro da panóplia de atuações possíveis, menos ingerência tem na esfera jurídica dos sujeitos prejudicados. O conceito de adequação relaciona-se com a importância que a atuação juridicamente relevante tem para a prossecução do seu fim, ou seja, com a sua idoneidade¹⁵⁸.

Tudo analisado, a proporcionalidade impõe uma atuação equilibrada dos sujeitos.

VI. Este conjunto de situações abrange desconexões entre as situações sociais típicas às quais as normas jurídicas se pretendem aplicar e o resultado concreto dessa aplicação, mas não se pode aceitar que toda a desproporção origina abuso do direito. Aliás, parece haver uma bitola do qual se estatui a medida da desproporção tolerável de um exercício de uma posição jurídica¹⁵⁹. Essa bitola justifica a afirmação de que a desproporção tem de ser manifesta ou grave para se poder dizer que estamos perante um caso de abuso do direito.

É interessante analisar o artigo 812.º do Código Civil, no regime da cláusula penal. A norma estabelece a possibilidade de o tribunal reduzir equitativamente a cláusula penal estipulada pelas partes, mas apenas nos casos em que esta é manifestamente excessiva face aos danos que o incumprimento causou. Ou seja, a tutela da proporcionalidade ocorre apenas nos casos em que há uma manifesta desproporcionalidade. A doutrina especializada tem reconduzido a norma a uma norma especial de abuso do direito¹⁶⁰, isto porque, através dos poderes de correção conferidos

¹⁵⁵ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, A cláusula do razoável cit. (nt. 154), p. 464.

¹⁵⁶ V. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), p. 29.

¹⁵⁷ Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, Da proporcionalidade obrigacional cit. (nt. 131), p. 145.

¹⁵⁸ V. ANDRÉ FIGUEIREDO, O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado cit. (nt. 124), pp. 27-28.

¹⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 859.

¹⁶⁰ António Menezes Cordeiro é, contudo, de opinião que a norma tem uma previsão mais permissiva que a do abuso do direito. Ou seja, a norma abrange casos que não seriam subsumíveis no artigo 334.º do Código Civil. A opinião defendida sobre a ampla previsão do artigo 812.º do Código

pela lei ao tribunal, controla-se o exercício da cláusula penal impedindo que o mesmo seja realizado em sentido contrário à exigência da boa fé¹⁶¹.

Vejamos também que o próprio artigo 334.º do Código Civil refere-se ao conceito de manifesto para enquadrar a sua previsão o que, no fundo, reflete uma salvaguarda imposta pelo princípio da segurança jurídica¹⁶².

No entanto, a construção do que é uma desproporção grave ou manifesta necessita de ser materialmente constatável a partir do que é uma disfuncionalidade jurídica, não se deduzindo de proposições de modo puramente formal¹⁶³. Certo é que da interação social de uma comunidade resultam aprendizagens do que é o normal e o adequado, construindo-se intersubjetivamente uma ideia de grave desproporcionalidade¹⁶⁴ passível de ser aceite por todos.

Por outro lado, se esta exigência de não desproporcionalidade manifesta é uma imposição objetiva do ordenamento, podemos também constatar que a mesma poderá ser modelada em função da concreta relação especial que existe entre as partes envolvidas no exercício de uma posição jurídica. Se a relação entre as partes for de tal modo intensa de forma que surja uma situação de confiança justificada na não desproporcionalidade no exercício da posição jurídica, a bitola do que é manifestamente desproporcional poderá, em conformidade, ser alterada. Isto é o corolário de os “ditames da ordem objetiva serem adaptados às circunstâncias da concreta situação de expectativa criada pela interação dos participantes”¹⁶⁵.

VII. Aqui chegados, o abuso do direito é aplicado no quadro de um exercício que tem inerente uma desproporcionalidade manifesta. Neste raciocínio, não basta que tenhamos uma situação de desproporcionalidade manifesta como um algo externo ao exercício jurídico, mas que essa desproporcionalidade se revele no exercício do direito para se poder afirmar que estamos perante um abuso do direito.

Civil revela-se para o autor como útil para transcender o problema da oficiosidade do artigo 812.º do Código Civil – *v.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, IX cit. (nt. 31), pp. 494 e ss.

¹⁶¹ *Cf.* ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 724 e ss. Afirmando que a razão que inspira o preceito é a mesma que fundamenta a norma que proíbe os negócios usurários – *v.* PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II cit. (nt. 24), p. 81.

¹⁶² *Cf.* J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil cit. (nt. 108), p. 611.

¹⁶³ *Cf.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 880.

¹⁶⁴ *Cf.* J. BAPTISTA MACHADO, A cláusula do razoável cit. (nt. 154), p. 513.

¹⁶⁵ *Cf.* J. BAPTISTA MACHADO, A cláusula do razoável cit. (nt. 154), p. 520.

O princípio da proporcionalidade, tal como os outros princípios do direito, pode ser analisado numa vertente objetiva e estática, mas a sua relevância no quadro do artigo 334.º do Código Civil ocorre perante os exercícios jurídicos concretos. É nessa atividade de correção concreta do exercício que a boa fé opera, revelando-se como indutora de solução para um exercício que é integrado numa relação e está desconforme com o sistema por contrariar manifestamente o princípio da proporcionalidade, apesar de nenhuma norma o proibir especificadamente.

Deste modo, a boa fé cumpre a sua função de garantia de uma justiça substancial no caso concreto, impondo uma determinada conduta, que pode ser negativa, no contexto de uma relação¹⁶⁶.

Por fim, esta aplicação não depende da finalidade do sujeito no exercício jurídico. A desproporção manifesta num determinado exercício pode ocorrer sem que o sujeito que exerce tenha fundamentalmente a finalidade de causar danos a outrem, mesmo quando o interesse próprio nesse exercício seja diminuto¹⁶⁷. Apesar da análise da finalidade interessar aos atos chicaneiros e emulativos, que estiveram na origem do abuso do direito, a boa fé consagrada no artigo 334.º do Código Civil é analisada na sua vertente objetiva, para além do mais, o abuso do direito não pressupõe a análise do estado de espírito do agente para a sua aplicação.

2.3. Desproporcionalidade manifesta e direito de retenção

I. Aqui chegados, podemos então afirmar que um determinado exercício do direito de retenção pode ser sindicável ao abrigo do abuso do direito por ser manifestamente desproporcional? Sim. Mas em que termos pode ser conseguido um juízo de manifesta desproporcionalidade?

A doutrina tem referido que podem existir exercícios abusivos quando o valor da coisa retida supera de forma desproporcionalmente manifesta o valor do crédito garantido¹⁶⁸.

No entanto, pensamos que a configuração do problema nestes termos, ou seja, pondo como polos do juízo de proporcionalidade o valor da coisa e o do crédito garantido tem o óbice de olvidar nestas contendas as funções do direito de retenção. Importa reconhecer que as teorias negacionistas de aplicação do abuso

¹⁶⁶ V. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, 3.ª ed. (nt. 106), p. 182.

¹⁶⁷ Com posição contrária, v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil cit. (nt. 108), pp. 624-627.

¹⁶⁸ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht* cit. (nt. 6), p. 421, e ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 357.

do direito ao direito de retenção partem da ideia de que as funções do direito de retenção não podem ser desconsideradas na proibição de exercícios manifestamente desproporcionais – nesse aspeto, estamos em pleno acordo.

Por outro lado, não se conforma plenamente com os termos em que, no nosso entender, um problema de manifesta desproporcionalidade pode ser analisado ao abrigo do abuso do direito. Com efeito, acima afirmámos existir má fé no exercício jurídico quando há uma desproporcionalidade manifesta nos casos em que as vantagens auferidas pelos titulares não compensam os sacrifícios impostos a outrem no exercício de uma posição jurídica. Em abstrato, os casos óbvios em que a desproporcionalidade manifesta ocorre são aqueles onde não existem quaisquer vantagens para o titular do direito, mas os prejuízos sofridos pelo outro sujeito por causa do exercício do direito são elevados.

II. Preferimos então uma formulação do problema da desproporcionalidade manifesta no direito de retenção relevante para a aplicação do abuso do direito tendo em consideração os prejuízos que causa o exercício do direito de retenção e a sua eficácia funcional.

Esta análise atuará tendo como base o grau da função compulsória e de garantia concreta da retenção exercida. Esta visão leva também a que o juízo de manifesta desproporcionalidade tome em consideração, em última instância, uma ponderação dos interesses juridicamente relevantes das partes envolvidas¹⁶⁹.

Ademais, para efeitos da análise da manifesta desproporcionalidade no direito de retenção devemos ter principalmente em consideração que os prejuízos, para estes efeitos, significam as consequências negativas causados pela retenção da coisa àquele a quem a mesma devia ser entregue pelo retentor. Não estamos perante um problema de conflitos de direitos, porque estes prejuízos não derivam da violação de um direito daquele que tem o crédito de entrega da coisa, mas sim do exercício de uma exceção fraca que atua como uma limitação prévia ao direito de crédito de entrega da coisa¹⁷⁰.

III. Assim, a desproporcionalidade manifesta ocorre nos casos em que há prejuízos elevados causados pelo exercício do direito de retenção em comparação com o grau diminuto da sua eficácia funcional, isto é, quando o direito de retenção em causa tem um grau comparativamente diminuto de eficácia compulsória e de garantia.

¹⁶⁹ V. ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 63.

¹⁷⁰ *Cf.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), pp. 735 e ss.

Afirmamos que o juízo de desproporcionalidade é sempre um juízo comparativo, pois depende da efetiva ponderação dos prejuízos provocados pelo exercício do direito de retenção e a sua eficácia funcional. Assim, pode ocorrer uma desproporcionalidade manifesta quando o direito de retenção tenha uma eficácia funcional, mas os danos são de tal modo elevados que não compensam¹⁷¹. Veja-se quando se retém uma coisa essencial para a sobrevivência do devedor ao momento do exercício da retenção, mas que não é qualificada como bem impenhorável.

Analise-se também o exemplo do já referido artigo 812.º do Código Civil. Nesses casos, a cláusula penal com função compulsória não é apenas reduzida pois tem uma eficácia funcional nula, mas porque o valor da cláusula é de tal modo elevado face aos danos que o credor obteve com o incumprimento, que se permite a redução da cláusula e, por consequência, se inibe parte da sua eficácia compulsória.

Nesta senda, podemos começar a conseguir resolver algumas questões práticas.

Determinada doutrina defende que o exercício do direito de retenção pode ser abusivo caso o crédito garantido já goze de uma garantia especial das obrigações¹⁷². No entanto, esta solução é muito duvidosa, pois podem ocorrer casos em que a retenção tem interesse para preenchimento da sua função compulsória. Isso, só por si, pode devidamente compensar os prejuízos que a retenção causa ao devedor ao ponto de não se verificar um exercício abusivo do direito de retenção.

IV. Os direitos reais de garantia são acessórios aos créditos que garantem. Isto deriva do facto de as garantias serem dependentes dos créditos garantidos¹⁷³. Ou seja, a coisa apenas garante no valor do crédito garantido. Aliás, é no seguimento desta constatação que se explica, por exemplo, a proibição, no regime das garantias, do pacto comissório, nos termos do artigo 694.º do Código Civil, pois a coisa objeto do direito real de garantia costuma superar em valor o crédito garantido¹⁷⁴. A retenção cumpre a sua função de garantia quando a coisa retida garante em parte ou na totalidade o crédito vencido.

¹⁷¹ Larenz, para o direito alemão, dá o exemplo da retenção de uma prestação de valor elevado para coerção de um crédito relativamente pequeno – v. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I cit. (nt. 26), p. 215.

¹⁷² V. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, I cit. (nt. 26), p. 216, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht* cit. (nt. 7), p. 421, e ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 358.

¹⁷³ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), pp. 170 e ss.

¹⁷⁴ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 675.

No entanto, não podemos esquecer a independência do valor da coisa retida face à obrigação garantida. Ademais, no direito de retenção isto interessa ao preenchimento da sua função compulsória. É principalmente por força da função compulsória do direito de retenção que podem surgir riscos de exercício inadmissível deste direito¹⁷⁵, mas, de certo modo, também é o critério do “manifesta” no juízo de proporcionalidade que salvaguarda a manutenção desta função¹⁷⁶. A aplicação do instituto do abuso do direito ao direito de retenção não pode privar por completo uma função compulsória do direito de retenção quando tal função exista na retenção em concreto.

V. Por outro lado, a exigência de não desproporcionalidade no direito de retenção pode ser tratada, no abuso do direito, tratada através dos bons costumes ou da função económica e social do direito de retenção? Estes dois conceitos também, estão presentes no artigo 334.º do Código Civil, a par do conceito de boa fé, e originam discussão sobre a autonomia e unidade do instituto do abuso do direito tal como consagrado no nosso ordenamento¹⁷⁷.

O nosso raciocínio tem sido totalmente orientado na aplicação do conceito de boa fé, pelos motivos já expostos. Contudo, também podemos questionar se a não desproporcionalidade manifesta numa garantia como o direito de retenção é proibida pela ética dos negócios e, nesses termos, pelos bons costumes, tal como tem sido tentado por alguma doutrina¹⁷⁸.

A garantia é um negócio grave. A celebração de um negócio jurídico pelo qual se constitui uma garantia não pode ser analisado apenas ao abrigo do princípio da autonomia privada e da autorresponsabilidade, mas também ao nível da desproporção das consequências que essas garantias trazem para os garantes. Este problema é tratado recorrendo-se ao conceito de bons costumes, porque a exigência desta não desproporcionalidade deve ser observada por agentes económicos ao imporem garantias com um peso económico desmedido¹⁷⁹, capazes de desgrazar os pequenos garantes.

¹⁷⁵ *Cfr.* JÚLIO GOMES, Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...) cit. (nt. 10), p. 4.

¹⁷⁶ Relativamente à cláusula penal, *v.* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 273.

¹⁷⁷ Respondendo negativamente, *v.* J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil cit. (nt. 108), p. 620.

¹⁷⁸ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), pp. 201 e ss.

¹⁷⁹ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 207.

Não nos podemos olvidar que os bons costumes, ao contrário da boa fé, estando originalmente associados a normas morais¹⁸⁰, reportam-se hoje a regras de conduta sexual e familiar e a regras deontológicas de setores profissionais¹⁸¹ que, apesar de não terem consagração expressa, são consideradas em vigor pela comunidade¹⁸². Nesta senda, os bons costumes constituem um *quid* externo que se impõe independentemente dos concretos relacionamentos intersubjetivos¹⁸³.

Sendo a retenção constituída pela lei¹⁸⁴, independentemente dos sujeitos em causa, revela-se difícil afirmar que não devia ter sido invocada ao abrigo deste tipo de normas, porque os bons costumes só vinculam perante quem está a eles sujeitos, o que, afastando a aplicabilidade de regras de conduta familiar e sexual, bastante discutidas nos dias que correm, ocorre apenas quando o retentor está inserido numa categoria profissional à qual se impute regras deontológicas suficientemente capazes de o impedir de invocar uma concreta retenção.

Com isto não negamos que a proibição da manifesta desproporcionalidade no exercício do direito de retenção surja através dos bons costumes, mas somos da opinião que a boa fé é um critério bastante mais operativo para, ao abrigo de o abuso do direito, impedir exercícios manifestamente desproporcionais do direito de retenção.

Análogas questões colocam-se perante o conceito de função económica e social do direito de retenção.

Em primeiro lugar, a referência que fizemos à desproporcionalidade manifesta no exercício do direito de retenção operou com a análise da função do direito de retenção.

De facto, os direitos subjetivos não podem ser exercidos *ad nutum*. No entanto, são espaços concretos de liberdade. O limite dado pelas normas que expressamente regulam o direito subjetivo a esse espaço de liberdade deve ser encontrado através da sua interpretação, que não é meramente literal, mas também é sistemática e teleológica. É nesses termos, e não como um conceito geral ao abrigo do abuso do

¹⁸⁰ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1210. Nos dias de hoje, certa doutrina refere-se aos bons costumes como critérios éticos-sociais – v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil cit. (nt. 108), p. 613.

¹⁸¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, X cit. (nt. 3), p. 209. Isto apesar de já se ter defendido que a boa fé e os bons costumes seriam sinónimos – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1209.

¹⁸² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1222.

¹⁸³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1213, e v. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O “abuso do direito” e o art. 334.º do código civil cit. (nt. 108), p. 613.

¹⁸⁴ Cfr. J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* cit. (nt. 95), p. 172.

direito, que interessa a função económica e social dos direitos¹⁸⁵, um termo antiliberal associado a visões do direito civil politicamente enformadas.

Para esta conclusão também interessa a afirmação que o abuso do direito não pode ser teorizado tendo por referência as suas teorias funcionalistas e interpretativas¹⁸⁶, que não dando critério material para a construção do que é efetivamente o abuso do direito, também lhe retirariam qualquer autonomia como instituto jurídico autónomo.

Por fim e em boa verdade, apesar das questões de desproporcionalidade fazerem uso da função do direito de retenção, a desproporcionalidade manifesta relevante para a aplicação do artigo 334.º do Código Civil não ocorre porque o exercício do direito de retenção foi disfuncional, mas sim porque, perante um juízo de comparação, a eficácia funcional não compensa os danos que a retenção da coisa causou.

VI. A nossa visão de desproporcionalidade manifesta no direito de retenção relevante para a aplicação do abuso do direito está associada aos casos em que os danos infligidos pelo direito de retenção não compensam a sua eficácia funcional. Como já concluímos, importa reconhecer que a função compulsória do direito de retenção aumenta com os prejuízos que o direito de retenção causa ao devedor. Portanto, a função compulsória não pode ser ignorada na aplicação do abuso do direito ao direito de retenção¹⁸⁷. Deste modo, é bastante difícil, mas não impossível, encontrar casos em que os danos causados superam de forma manifestamente desproporcional a eficácia funcional do direito de retenção. Voltando mais uma vez ao regime da cláusula penal, a doutrina tem afirmado que o artigo 812.º do Código Civil aplica-se mesmo quando a cláusula penal foi estabelecida com função compulsória¹⁸⁸, o que evidencia a possibilidade de os danos causados pela função compulsória poderem superar com manifesta desproporcionalidade a eficácia compulsória da figura.

VII. Em nosso entender, casos típicos do problema analisado serão os que o retentor tinha a possibilidade de realizar uma outra retenção com o grau de eficácia funcional semelhante, mas objetivamente e de forma facilmente verificável menos prejudicial para o devedor.

¹⁸⁵ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 1231.

¹⁸⁶ Sobre estas – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, V cit. (nt. 92), pp. 393 e ss.

¹⁸⁷ V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 272.

¹⁸⁸ Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização* cit. (nt. 161), p. 730.

Tal ocorrerá nas hipóteses em que exista uma pluralidade de coisas que podem ser retidas¹⁸⁹. Havendo várias coisas que podem, individualmente, ser objeto de retenção com eficácia funcional, o retentor deve escolher a coisa ou as coisas que causem menos danos ao retentor. Nestes casos, reter todas as coisas disponíveis ou escolher as que provocam, de forma expectável, mais danos na esfera do devedor levaria a uma retenção cujos prejuízos não estariam justificados em função da sua eficácia funcional. Neste caso, o artigo 334.º do Código Civil, ao abrigo da boa fé, impõe um limite concreto a um exercício específico do direito de retenção, bloqueando a invocação da retenção que causa maior dano.

O raciocínio aqui elencado também tem em conta que a eficácia compulsória no direito de retenção é eventual. Ou seja, na escolha entre as coisas a reter, não é abusivo se o credor reteve a coisa que sabia ter maior eficácia compulsória, a não ser que as outras opções também tivessem uma eficácia compulsória aproximada, mas causassem menos danos ou tivessem uma eficácia compulsória menor e os danos causados pela retenção da coisa com maior eficácia compulsória não compensavam, pela sua enorme grandeza comparada, a força compulsória adicional.

VIII. Há pelo menos duas sub-questões a colocar face a esta conclusão. A primeira consiste em saber se este raciocínio também é aplicável quando existe apenas uma coisa que pode ser retida, mas é divisível.

Sendo a coisa divisível, ao abrigo do artigo 209.º do Código Civil, podemos estar perante um caso em que, sujeito a considerações de desproporcionalidade manifesta, o exercício de retenção foi abusivo pois, incidindo sobre a totalidade da coisa, os prejuízos causados não compensam a eficácia funcional desse direito de retenção, em comparação com a eficácia funcional de retenção de parte da coisa, que seria efetuada em termos menos danosos para o devedor.

A segunda corresponde em saber se este juízo de proporcionalidade deve ter em consideração o valor imaterial da coisa para quem tem o crédito da sua entrega.

Acima afirmámos que a função compulsória atua em consideração da coação psicológica que a retenção da coisa tem. Assim, o valor imaterial da coisa é importante na averiguação da função compulsória. No entanto, quem exerce o direito de retenção pode não ter consciência do valor imaterial da coisa quando a retém. Deste modo, pensamos que para efeitos do artigo 334.º do Código Civil, o valor imaterial da coisa interessa para o juízo de manifesta desproporcionalidade apenas nos casos em que o retentor sabia ou devia saber desse valor imaterial.

¹⁸⁹ *Cf.* ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale cit.* (nt. 7), p. 64.

Com isto não pretendemos afirmar que o juízo de desproporcionalidade só tem utilidade quando mais de duas coisas podem ser retidas. Aliás, como afirmámos, os prejuízos de uma retenção podem ser de tal forma elevados que a única retenção possível pode não ser permitida.

IX. Podemos questionar se a gravidade da retenção tem de se adequar ao facto de o cumprimento do devedor ser parcial¹⁹⁰ ou ao grau de culpa do incumprimento.

Começando pelas questões de cumprimento parcial. A retenção, para ser invocada, apenas exige o vencimento da obrigação que se visa garantir ou a perda do benefício do seu prazo. Deste modo, ao abrigo do artigo 757.º do Código Civil, não interessariam considerações de incumprimento parcial para a sua invocação. Por outro lado, pode-se impor o princípio da indivisibilidade do direito de retenção¹⁹¹, ou seja, nenhuma parte da coisa retida ou uma das várias coisas retidas está diretamente afeta a parte do crédito garantido¹⁹², o que significa que o regime impede que o cumprimento parcial de uma obrigação leve ao levantamento parcial da retenção da coisa. O princípio da indivisibilidade tem sido afirmado como uma manifestação do princípio da inerência nos direitos reais¹⁹³.

É interessante observar como considerações de cumprimento inexato¹⁹⁴ perante a exceção de não cumprimento têm vindo a ser analisadas. Entre as várias questões que se colocam, normalmente a doutrina tem afirmado que a exceção de não cumprimento não pode ser invocada perante falhas mínimas de incumprimento¹⁹⁵, já que os danos causados por essa invocação excederiam em largo número os que o incumprimento inexato origina para o seu credor. De facto, a exceção de não cumprimento não pode ser acionada de modo desproporcional¹⁹⁶, o que se revela especialmente nestes casos.

¹⁹⁰ Focamo-nos no cumprimento parcial pois, na maioria dos casos, a obrigação vencida garantida por direito de retenção é pecuniária.

¹⁹¹ *Cfr.* LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione* cit. (nt. 7), p. 72.

¹⁹² *Cfr.* VAZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), p. 209.

¹⁹³ V. FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria* cit. (nt. 25), p. 587.

¹⁹⁴ Sobre o conceito de cumprimento inexato – *v.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, IX cit. (nt. 31), pp. 420 e ss. Dentro do cumprimento inexato podemos ter questões de cumprimento parcial e defeituoso.

¹⁹⁵ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, IX cit. (nt. 31), p. 422, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Violação positiva do contrato*, in *Estudos de direito civil*, I, Coimbra, 1987, (115-143), p. 139, e JÚLIO GOMES, *Da exceção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé*, *CDP*, 25, (2009) (51-67), p. 62.

¹⁹⁶ *Cfr.* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit. (nt. 4), p. 612.

Esta parece ser uma solução cujo sistema aponta – veja-se a lógica do artigo 802.º, n.º 2 do Código Civil¹⁹⁷ – e que também pode ser trazida para o direito de retenção. Um incumprimento parcial mínimo, que não pode ser recusado, também não pode legitimar a invocação de um direito de retenção¹⁹⁸ que cause danos excessivos para o devedor.

A doutrina também tem discutido até que ponto a exceção de não cumprimento pode ser invocada de forma proporcional ao incumprimento da outra parte, caso a prestação parcial não seja recusada¹⁹⁹.

Se estivermos perante uma coisa divisível ou uma retenção envolvendo duas ou mais coisas e se o cumprimento do devedor for parcial podemos com facilidade cogitar até que ponto o incumprimento parcial interessa ao direito de retenção. Vejamos que o pagamento de caução para extinguir o direito de retenção teria o conceito de suficiência modelado apenas em função do *quantum* incumprido.

Parece-nos que tendo em especial consideração a sua função compulsória, não se pode afirmar que a coisa retida através do direito de retenção tenha de ter um valor proporcional à parte do crédito incumprido²⁰⁰. Contudo, a capacidade da eficácia funcional do direito de retenção justificar prejuízos do devedor é menor perante um incumprimento parcial face a um incumprimento total. Isto pode levar a que a retenção apenas possa ter como objeto parte da coisa ou uma das coisas, nos casos em que a coisa a reter seja divisível ou haja várias coisas que possam ser retidas, por imposição do regime do abuso do direito.

Não pensamos que o princípio da indivisibilidade seja suficientemente forte para impedir esta resposta. Nesta senda, é interessante verificar que Vaz Serra admitia que o princípio da indivisibilidade do direito de retenção fosse excecionado por considerações de boa fé²⁰¹.

Face à questão do grau de culpa no cumprimento, à função compulsória e punitiva do direito de retenção interessa a possibilidade ou capacidade de

¹⁹⁷ Sobre as relações do artigo 802.º, n.º 2 do Código Civil com o abuso do direito – *v.* CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 294 e ss. Afirmando que a exceção de não cumprimento pode atuar nos casos em que a resolução do contrato parece excessiva – *v.* JÚLIO GOMES, Da exceção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé cit. (nt. 195), p. 61.

¹⁹⁸ *Cf.* VAZ SERRA, Direito de retenção cit. (nt. 50), p. 172.

¹⁹⁹ *V.* JÚLIO GOMES, Da exceção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé cit. (nt. 195), p. 63.

²⁰⁰ Afirmando que deve ser negada a ideia de que um cumprimento parcial da obrigação vencida não constitui um motivo para surgir o dever de entregar parte da coisa retida – *v.* ANGELO SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale* cit. (nt. 7), p. 64.

²⁰¹ *V.* VAZ SERRA, Direito de retenção cit. (nt. 50), p. 210.

cumprimento²⁰². Nestes termos, a ela não releva tecnicamente um juízo de medida da culpa no incumprimento. Assim, parece que a culpa no incumprimento não é algo que se deve tomar em atenção na constatação se a retenção preenche a sua função compulsória e, deste modo, parece que não é de considerar num juízo de verificação de desproporcionalidade manifesta entre os danos causados pelo direito de retenção e o cumprimento das suas funções.

No entanto, o sistema dá a entender em certos pontos que o juízo de culpa do devedor é importante na verificação da posição jurídica concreta do credor. Nestes termos, veja-se a contraposição entre os artigos 793.º, n.º 2 e 802.º, n.º 2 ambos do Código Civil. Assim, apesar de o devedor que incumpriu ser quem tem o ónus de provar o seu grau de culpa, nos termos do artigo 799.º do Código Civil, parece que a culpa no incumprimento é algo que se deve tomar em atenção no exercício do direito de retenção, assim como outros dados subjetivos do caso.

Assim, é mais fácil justificar os danos elevados que a retenção causa quando há culpa no incumprimento, não sendo de considerar essa retenção como abusiva.

X. Aceitando que a desproporcionalidade manifesta é um motivo para proibir o exercício do direito de retenção ao abrigo do regime do abuso do direito, importa constatar que o sujeito que vê a coisa retida pode substituir a retenção por uma caução suficiente. Deste modo, os casos de desproporção manifesta raramente parecem dar azo a que se invoque o abuso do direito perante o exercício da retenção²⁰³.

No entanto, isto não significa a possibilidade de se afastar em abstrato a aplicação da figura do abuso do direito ao direito de retenção. Para além do mais, a constatação de que a possibilidade de substituição da caução inibe a aplicação do abuso do direito parte do pressuposto que a prestação de caução causa menos prejuízos que a retenção da coisa, o que não é necessariamente uma evidência.

Por outro lado, os casos que tentámos elencar são aqueles em que o mero exercício do direito de retenção é, por si, abusivo. Apesar de reconhecermos que a possibilidade de se excluir a retenção por prestação de caução suficiente é uma

²⁰² Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* cit. (nt. 24), p. 240, e MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida* cit. (nt. 44), p. 43. Afirmando que a função compulsória só faz sentido quando há culpa no incumprimento, porque se trata de fazer pressão na vontade do devedor para existir cumprimento – v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, IX cit. (nt. 31), p. 499.

²⁰³ Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito* cit. (nt. 2), p. 357. VAZ SERRA afirmava que a existência de caução faz com que os casos de retenção contrária à boa fé se reconduzam apenas aos que o crédito a garantir seja de pequena importância – v. VAZ SERRA, *Direito de retenção* cit. (nt. 50), p. 172.

manifestação do princípio da proporcionalidade²⁰⁴, vejamos que a doutrina tem defendido que a possibilidade de o direito de retenção ser excluído com a prestação de uma caução suficiente depende de um prévio exercício legítimo do direito de retenção²⁰⁵.

3. Conclusão

Aqui chegados basta-nos concluir.

Em primeiro lugar, o exercício do direito de retenção pode ser sindicado ao abrigo do abuso do direito.

Em segundo lugar, os exercícios de uma posição jurídica que sejam manifestamente desproporcionais podem ser sindicados ao abrigo do abuso do direito.

Em terceiro lugar, o direito de retenção pode ser exercido de modo manifestamente desproporcional. Se concretizado deste modo, aplica-se o regime do artigo 334.º do Código Civil, enformado pela boa fé.

Para o efeito, há que colocar nos polos da análise da desproporcionalidade manifesta os prejuízos que o direito de retenção causa ao devedor e a eficácia funcional do exercício concreto do direito de retenção. Este juízo remete-nos, em última instância, para a ponderação concreta dos interesses das partes no exercício do direito de retenção. Rejeitamos a visão que enforma o juízo de manifesta desproporcionalidade apenas tendo em consideração o valor da coisa retida e o valor da dívida garantida através da retenção.

Os casos típicos do exercício manifestamente desproporcional do direito de retenção são aqueles em que o retentor tinha a possibilidade de realizar uma outra retenção com o grau de eficácia funcional semelhante, mas objetivamente e de forma facilmente verificável, menos prejudicial para o devedor.

Por outro lado, considerações de cumprimento parcial e de grau de culpa no incumprimento interessam à análise do juízo de desproporcionalidade manifesta relevante para a aplicação do abuso do direito.

Por fim, os casos de exercício manifestamente desproporcional do direito de retenção raramente parecem dar azo a que se invoque contra o exercício da retenção o abuso do direito. No entanto, a possibilidade de prestação de caução não impede por completo que se afirme que um concreto exercício de retenção é abusivo por causa de um juízo de manifesta desproporcionalidade.

²⁰⁴ V. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Da proporcionalidade obrigacional* cit. (nt. 131), p. 147.

²⁰⁵ *Cf.* CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais* cit. (nt. 3), p. 106.