

Universidades Lusíada

Marques, Sandra Marlene de Abreu

A exceção de não cumprimento de contrato e o direito de retenção no arrendamento urbano

<http://hdl.handle.net/11067/3706>

Metadados

Data de Publicação	2017
Resumo	<p>Resumo: A exceção de não cumprimento do contrato e o direito de retenção constituem dois institutos legalmente previstos no nosso Código Civil, enquanto meios de defesa que permitem face ao incumprimento de uma obrigação de uma das partes de um contrato, que a contraparte possa incumprir igualmente a sua obrigação, até que se verifique a execução da obrigação do primeiro. A problemática em estudo relaciona-se com o exercício destes institutos no âmbito de um contrato de arrendamento urbano, m...</p> <p>Abstract: Exception and default of the contract and the right of lien constitute two institutes legally provided in our Civil Code, as a means of defense that allow the breach of an obligation of one of the parties of the contract, that the counterparty may also breach it until it is verified the obligation of the first. The problem under study is related to the exercise of these institutes under an urban lease, more specifically means of protection exercised by the lessee against the landlord...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito das obrigações, Arrendamento urbano
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-12-26T07:43:06Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO
E O DIREITO DE RETENÇÃO NO ARRENDAMENTO
URBANO**

Sandra Marlene de Abreu Marques

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2017



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO
E O DIREITO DE RETENÇÃO NO ARRENDAMENTO
URBANO**

Sandra Marlene de Abreu Marques

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

Porto, 2017

Agradecimentos

À Universidade Lusíada do Porto, na qual me licenciiei e frequentei o Mestrado em Direito, pela excelência do ensino, o qual se demonstrou imprescindível à concretização do meu percurso académico.

À Fundação Minerva – Cultura e Ensino de Investigação Científica, pelo reconhecimento do aproveitamento e dedicação dos seus discentes, a qual me premiou com a possibilidade de frequentar o presente Mestrado, equivalente ao 2º ciclo de ensino, conducente ao grau de Mestre em Direito.

Ao digníssimo Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais, pelo exemplar desempenho na qualidade de orientador, cuja disponibilidade, aconselhamento e transmissão de conhecimentos se demonstraram cruciais para a elaboração da presente dissertação.

Aos funcionários da Universidade Lusíada do Porto, em especial aos notáveis profissionais que colaboram na biblioteca desta instituição de ensino, que em todos os momentos do meu percurso curricular sempre se disponibilizaram a auxiliar de imediato no âmbito da requisição e empréstimo de obras e artigos científicos e de investigação, sem os quais não seria possível a obtenção dos conhecimentos necessários para dar resposta aos momentos de avaliação que a vida académica exige, bem como, no que refere à investigação de que carece a elaboração de uma dissertação.

A todos os ilustres docentes da Universidade Lusíada do Porto com os quais tive o gosto de me instruir, pelo enorme contributo que prestaram através da transmissão de um vasto conhecimento e saber, que me permitiram avançar para novos projetos e desafios, com a ambição e dedicação que os próprios emanavam.

Por fim, o meu mais profundo agradecimento aos meus pais e irmã, pelo apoio, compreensão, incentivo e presença incondicional, não permitindo que por algum momento a palavra «desistir» integrasse o meu vocabulário e a quem dedico todas as minhas conquistas.

A todos os que me acompanharam nesta longa e feliz caminhada da qual tanto me orgulho, um bem-haja.

Índice

Agradecimentos	I
Resumo	V
Abstract.....	VI
Palavras-chave	VII
Lista de abreviaturas	VIII
1. Introdução	1
2. O contrato de arrendamento urbano.....	2
2.1 Conceito e regime jurídico	2
2.2 Características do contrato e principais obrigações dos contraentes.....	3
2.3 A importância do contrato de arrendamento urbano na atualidade	5
2.4 A qualidade de mero detentor do arrendatário	6
3. A exceção de não cumprimento do contrato.....	7
3.1 Conceito e regime jurídico	7
3.2 Evolução histórica e Direito Comparado.....	8
3.3 Pressupostos de aplicação.....	11
3.3.1 Existência de um contrato bilateral	11
3.3.2 Não existência da obrigação de cumprimento prévio por parte do contraente que invoca a exceção	15
3.3.3 Não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da contraprestação	18
3.3.4 Não contrariedade à boa-fé.....	21
3.4 Principal efeito: a suspensão da exigibilidade da obrigação do excipiente.....	23
3.5 Natureza jurídica.....	24
3.6 Fundamento e funções	26
4. O exercício da exceção de não cumprimento pelo arrendatário	29
4.1 Considerações gerais	29
4.2 A invocação da exceção de não cumprimento do contrato pelo arrendatário.....	30
4.2.1 O incumprimento da obrigação de entrega do imóvel e a exceção de não cumprimento	31

4.2.2	O incumprimento da obrigação de assegurar o gozo do imóvel e a exceção de não cumprimento	32
4.2.2.1	A problemática inerente ao funcionamento da <i>exceptio</i> em sede judicial: a corresponsabilidade entre as prestações.....	40
5.	O direito de retenção	45
5.1	Conceito e generalidades	45
5.2	Evolução histórica e Direito Comparado.....	46
5.3	Campo de aplicação do direito de retenção	48
5.3.1	A retenção nos termos gerais do art. 754º CC.....	48
5.3.2	A retenção nos casos especiais do art. 755º CC	49
5.3.3	O direito de retenção em casos particulares: breve referência ao contrato de empreitada e ao contrato-promessa	49
5.4	Pressupostos de aplicação.....	51
5.4.1	Suscetibilidade de penhora da coisa retida.....	51
5.4.2	O titular do direito de retenção simultaneamente credor e devedor... ..	52
5.4.3	Titularidade de um crédito exigível, líquido ou ilíquido.....	52
5.4.4	Existência de uma conexão causal entre o crédito e a coisa retida ...	53
5.4.5	Licitude na aquisição da coisa retida e boa-fé na realização das despesas que originam o crédito.....	54
5.4.6	Não prestação de caução suficiente pela outra parte.....	54
5.4.7	Inexistência de cláusula de reserva de propriedade sobre a coisa.....	54
5.5	Regime jurídico	55
5.5.1	Retenção de coisas móveis	55
5.5.2	Retenção de coisas imóveis.....	56
5.5.3	Publicidade do direito de retenção	57
5.5.4	Transmissão do direito de retenção	59
5.5.5	Extinção do direito de retenção	59
5.5.6	Retenção de coisa de terceiro que não o devedor do crédito	61
5.5.7	Retenção sobre coisa própria.....	61
5.5.8	O exercício do direito de retenção quando o credor da entrega e o proprietário da coisa são sujeitos diferentes.....	62
5.5.9	Direito de retenção e embargos de terceiro	63
5.5.10	Retenção em caso de insolvência	64
5.6	Natureza jurídica.....	65

5.7	Fundamento e funções	66
5.8	Formas de exercício e principais efeitos.....	67
5.9	Direito de retenção convencional ou obrigacional	68
6.	O exercício do direito de retenção pelo arrendatário.....	70
6.1	Considerações gerais	70
6.2	O direito de retenção do arrendatário no Código de Seabra.....	71
6.3	O direito de retenção do arrendatário no Código Civil atual.....	73
6.4	Considerações finais	74
7.	Confronto entre os institutos da exceção de não cumprimento e do direito de retenção.....	75
7.1	Principais critérios de distinção.....	75
7.2	A eventual coexistência da exceção de não cumprimento e do direito de retenção.....	77
7.2.1	A coexistência dos institutos em geral	77
7.2.2	A coexistência dos institutos em especial no arrendamento urbano ...	79
8.	Conclusão.....	83
	Bibliografia citada	88
	Jurisprudência citada	91

Resumo

A exceção de não cumprimento do contrato e o direito de retenção constituem dois institutos legalmente previstos no nosso Código Civil, enquanto meios de defesa que permitem face ao incumprimento de uma obrigação de uma das partes de um contrato, que a contraparte possa incumprir igualmente a sua obrigação, até que se verifique a execução da obrigação do primeiro.

A problemática em estudo relaciona-se com o exercício destes institutos no âmbito de um contrato de arrendamento urbano, mais especificamente enquanto meios de tutela exercidos pelo arrendatário contra o senhorio.

Através de uma profunda análise da mais variada doutrina e jurisprudência nacionais, conclui-se que os institutos em causa têm momentos e campos de aplicação distintos. Isto é, a exceção de não cumprimento exercida pelo arrendatário durante a execução contratual permite-lhe o incumprimento da sua principal obrigação de pagamento da renda, até que o senhorio cumpra igualmente as suas obrigações essenciais de entregar e assegurar o gozo do imóvel para os fins a que se destina. Já o direito de retenção, permite ao arrendatário recusar a restituição do locado após o término do contrato, nos termos gerais do artigo 754º CC.

Por fim, apesar das semelhanças entre os dois institutos jurídicos conclui-se que se tratam de figuras semelhantes, contudo, nunca poderia ocorrer a sua sobreposição, não podendo o arrendatário optar por um em detrimento do outro. Relativamente à sua coexistência, conclui-se que é inviável que o arrendatário invoque simultaneamente os dois expedientes.

Abstract

Exception and default of the contract and the right of lien constitute two institutes legally provided in our Civil Code, as a means of defense that allow the breach of an obligation of one of the parties of the contract, that the counterparty may also breach it until it is verified the obligation of the first.

The problem under study is related to the exercise of these institutes under an urban lease, more specifically means of protection exercised by the lessee against the landlord.

Through a thorough analysis of the most varied national doctrine and case-law, it is concluded that the institutes concerned have different times and fields of application. That is, a non-exercise exception exercised by the lessee during a contractual performance will enable him to default on his primary obligation to pay the rent, for which it is intended, until the landlord also fulfills his essential obligations to deliver and ensure the enjoyment of the property for its purposes. Whereas the right of lien, authorize the lessee to refuse the return of the leased after the termination of the contract, in the general terms of article 754 CC.

Lastly, despite similarities between these two legal institutes it is concluded that they could never be overlapped and the lessee would not be able to opt one for the other. Regarding their coexistence, it is unfeasible for the lessee to invoke them both simultaneously.

Palavras-chave

Arrendamento urbano

Excepção de não cumprimento do contrato

Direito de retenção

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

al. – alínea

art. – artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

Cód. do Reg. Pred – Código do Registo Predial

NRAU – Novo Regime de Arrendamento Urbano

RAU – Regime de Arrendamento Urbano

RECRIA – Regime Especial de Participação na Recuperação de Imóveis

Arrendados

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

1. Introdução

A presente dissertação incide sobre a análise em geral de dois dos institutos previstos no Código Civil, designadamente, a exceção de não cumprimento e o direito de retenção previstos nos artigos 428º a 431º e 754º a 760º do CC, respetivamente, e em especial no que refere ao seu funcionamento no âmbito de um contrato de arrendamento urbano.

Enquanto meios de legítima recusa de incumprimento de certas obrigações permitem a inexecução por parte de um dos contraentes de uma prestação a que se encontre vinculado face a um incumprimento da outra parte do contrato.

Assim, a presente investigação centra-se no estudo dos dois expedientes, quanto ao seu regime em geral e, em específico, na aplicação dos mesmos no âmbito da celebração de um contrato de arrendamento urbano, enquanto direitos facultados ao arrendatário, pelo que se pretende aferir em que medida lhe é legítimo o seu exercício, com base em que pressupostos e qual o campo de aplicação dos mesmos para que sejam licitamente invocados por aquele contra o senhorio.

Deste modo, a problemática em causa incide sobre o confronto dos institutos da exceção de não cumprimento do contrato e do direito de retenção, no momento em que o arrendatário pretende defender-se face a um incumprimento obrigacional do senhorio incumprindo, igualmente, sem que daí advenham consequências.

Dada a dificuldade de distinção entre a *exceptio* e do *ius retentionis*, demonstra-se essencial um tratamento minucioso de cada um deles conducente à determinação da correta invocação dos mesmos de acordo com a circunstância que em concreto se verifique no contrato de arrendamento celebrado.

Neste sentido, a análise da doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores revelam-se imprescindíveis para descortinar o momento e circunstância em que devem ser exercidos um e outro em geral e, mais concretamente, de que modo poderá o arrendatário valer-se corretamente dos meios que lhe são juridicamente concedidos para defesa dos seus direitos, consubstanciando como objetivo essencial desta investigação o esclarecimento aprofundado da temática em questão.

2. O contrato de arrendamento urbano

2.1 Conceito e regime jurídico

O contrato de arrendamento urbano consiste numa modalidade do contrato de locação, encontrando-se este último, regulado nos art. 1022º a 1113º CC, estando consagrado o seu regime geral nos art. 1022º a 1063º CC e o do arrendamento em particular, nos art. 1064º a 1113º CC.

Para além do Código Civil, outros diplomas se afiguram essenciais em matéria de arrendamento urbano, nomeadamente, a NRAU, introduzido pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro com a sua atual redação, com as alterações procedidas pela Lei nº 31/2012 de 14 de Agosto e ainda pela Lei nº 79/2014, de 19 de Dezembro.

O art. 1022º CC determina que “Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição.”

O art. 1023º CC procede, desde logo, à distinção entre as duas modalidades de locação, nomeadamente, o aluguer e o arrendamento. Neste âmbito, designa-se por aluguer, o contrato de locação que versa sobre coisa móvel e por arrendamento, quando tenha por objeto coisa imóvel.

O próprio arrendamento desdobra-se, ainda, em diversas categorias podendo tratar-se de um arrendamento urbano, se tiver por objeto um prédio urbano (na sua totalidade ou em parte) ou um arrendamento rústico, se recair sobre um prédio rústico. (Menezes Leitão, 2014: 11-15)

Quanto ao fim para que o imóvel é arrendado, dispõe o art. 1067º, nº1 CC que o arrendamento urbano poderá ter fins habitacionais (art. 1092º e ss.) ou não habitacionais (art. 1108º e ss.), podendo neste último caso, diferenciar-se o regime entre o arrendamento para comércio e indústria e para o exercício de profissão liberal. (Menezes Leitão, 2014: 65)

Importa ainda uma breve referência aos três elementos constitutivos do contrato de arrendamento urbano, nomeadamente, a obrigação de proporcionar a outrem o gozo de um prédio urbano, o carácter temporário e a retribuição.⁽¹⁾ (Menezes Leitão, 2014: 47)

⁽¹⁾ Para maiores desenvolvimentos, v. Menezes Leitão, L. (2014), pp.47-50.

2.2 Caraterísticas do contrato e principais obrigações dos contraentes

O contrato de arrendamento urbano apresenta algumas caraterísticas qualificativas à qual se fará uma breve alusão de seguida.

Primeiramente, trata-se de um contrato nominado, uma vez que a lei o reconhece como categoria jurídica; é também um contrato típico pois encontra-se regulado por lei, tanto no CC (art. 1022º e ss., especificamente, nos art. 1064º e ss.) como noutros diplomas especiais.

É considerado um contrato consensual, uma vez que o art. 1022º CC, não estipula que a constituição do contrato esteja dependente da entrega da coisa locada bastando o mero acordo entre as partes, diversamente ao que acontece nos contratos reais *quoad constitutionem*.

O arrendamento urbano qualifica-se como um contrato formal uma vez que a lei exige que seja reduzido a escrito (art. 1069º CC). Trata-se de um contrato oneroso na medida em que implica sacrifícios económicos para ambas as partes, pelo que o senhorio abdica do gozo da coisa e o arrendatário, por sua vez, do preço correspondente.

É ainda um contrato sinalagmático, no sentido em que existem duas obrigações recíprocas e interligadas uma à outra, nomeadamente, a obrigação por parte do senhorio, de proporcionar o gozo da coisa ao arrendatário (art. 1031º, al. b) CC) e a obrigação do arrendatário de pagar a renda ou aluguer (art. 1038º, al. a) CC).

Carateriza-se ainda como um contrato comutativo, isto é, as atribuições patrimoniais de ambas as partes apresentam-se como certas e não aleatórias.

Por fim, carateriza-se como um contrato de execução duradoura, dado que as prestações de ambos os contraentes se relacionam com um determinado período de tempo que delimita o seu conteúdo e extensão.

Deste modo, quanto à obrigação do senhorio proporcionar o gozo da coisa ao arrendatário, constitui uma prestação contínua, exercida de forma constante e sem interrupções. Por outro lado, a obrigação do arrendatário pagar a renda consiste numa prestação de natureza periódica, renovando-se em sucessivos períodos de tempo. (Menezes Leitão, 2014: 51-57)

Algumas controvérsias têm surgido quanto à qualificação do contrato de arrendamento urbano, havendo quem entenda que se trata de um contrato obrigacional devido ao facto do arrendatário ser meramente titular de um direito pessoal de gozo, não produzindo este contrato quaisquer efeitos reais ou, diversamente, havendo quem defenda

que se trata de um contrato real *quoad effectum*, entendendo que o direito do arrendatário terá natureza real.

A doutrina demonstrava-se consensual quanto à natureza obrigacional ou pessoal do direito do arrendatário até à publicação do Código Civil francês, momento em que se a mesma começou a ser posta em causa, verificando-se uma divisão de posições defendidas. (Santos Justo, 2012: 113-114)

Assim, surge, por um lado, a doutrina realista, com a qual não se concorda, em que o direito do arrendatário se apresentaria como um direito real, na medida em que aquele podia gozar da coisa de forma direta e imediata, sem necessidade de intervenção do senhorio. Esta posição foi significativamente defendida no nosso ordenamento jurídico, mas quase exclusivamente pela doutrina.⁽²⁾ (Santos Justo, 2012:113-124; Pinto Furtado, 2009: 57-62)

Por outro lado, surge, paralelamente, a doutrina personalista na qual a relação contratual entre o arrendatário e o senhorio é meramente obrigacional, enquanto direito entre pessoas, às quais correspondem obrigações recíprocas, surgindo ambas as partes simultaneamente como credoras e devedoras uma da outra. (Santos Justo, 2012: 114)

Esta tese tem sido preferencialmente defendida pela jurisprudência nacional, assim como por alguma doutrina, sendo igualmente, a doutrina que se considera preferível.⁽³⁾

Para além destas principais doutrinas, foi também, ainda que com menor amplitude, defendida uma outra, nomeadamente, a designada doutrina dualista ou mista na qual o direito do arrendatário não se qualifica como “direito de crédito puro, nem direito real puro”. (Almeida Ribeiro, 1948: 199)

Esta doutrina defendida por Henrique Mesquita e por José de Albuquerque de Almeida Ribeiro, a qual parece ser de rejeitar, indicia a possibilidade de o direito do arrendatário não ser unitário – pessoal ou real – mas antes misto, incorporando as duas componentes, “sendo o locatário, para determinados efeitos, titular de uma verdadeira posição de soberania e, para outros, mera contraparte de um contrato que constitui a fonte da relação locativa e do qual nunca se desliga.” (*apud* Santos Justo, 2012: 122)

⁽²⁾ A doutrina realista é defendida entre nós por: Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, Mota Pinto, Paulo Cunha e Luís Pinto Coelho. *Vide* Santos Justo, A. (2012), pp. 117-121; Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 61 (nota 67, primeiro parágrafo).

⁽³⁾ A tese personalista é acolhida por: Carvalho Fernandes, Galvão Telles, Pinto Loureiro, Pires de Lima, Vaz Serra, entre outros autores. *Vide* Santos Justo, A. (2012), pp. 122; Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 61-62 (nota 67, último parágrafo).

Contudo, a nossa jurisprudência tem sido unânime na posição que tem vindo a adotar ao longo dos tempos, considerando o direito do arrendatário, um verdadeiro direito pessoal ou de crédito.⁽⁴⁾

Em suma, atendendo à posição que se revela mais adequada, mais concretamente, da natureza pessoal do direito do arrendatário, conclui-se nas doulas palavras de A. Santos Justo que “ponderando as marcas pessoais e reais, talvez não seja ousado afirmar que se trata de um direito de crédito protegido, em alguns aspectos, pela tutela forte dos direitos reais.” (Santos Justo, 2012: 124)⁽⁵⁾

Por fim, importa referir que o contrato de arrendamento urbano atribui obrigações a cada uma das partes, resultando do art. 1031º al. a) e b) CC, enquanto obrigações principais para o locador são de destacar a obrigação da entrega da coisa locada ao arrendatário e a de assegurar ao arrendatário o gozo do imóvel para os fins a que se destina.

Quanto ao arrendatário, por sua vez, a principal obrigação por ele assumida trata-se da obrigação de pagamento da renda, conforme especifica o art. 1038º, al. a) CC. (Gravato Morais, 2010: 203)

2.3 A importância do contrato de arrendamento urbano na atualidade

O contrato de locação – mais especificamente, o arrendamento urbano – traduz-se numa figura legalmente prevista nos termos gerais do nosso Código Civil nos art. 1022º a 1113º CC.

Esta encontra-se, desde sempre, revestida de uma enorme importância na medida em que permite a qualquer indivíduo a possibilidade de gozar de uma coisa, *in casu* de um imóvel, ainda que não tenha meios económicos suficientes para a sua aquisição enquanto proprietário.

Através da celebração do negócio jurídico em análise, é-lhe concedido pelo senhorio o gozo temporário do imóvel (art. 1031º, al. b) CC) ao qual corresponde a respetiva obrigação de retribuição pelo arrendatário, consistindo em concreto no pagamento da renda (art. 1038º, al. a) CC).

Assim, face às dificuldades económicas sentidas por grande parte da população, o referido contrato apresenta-se como “um admirável instrumento ao serviço dos menos favorecidos, permitindo-lhes usar e fruir coisas a que não conseguiriam ter acesso como

⁽⁴⁾ Vide Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 62 (nota de rodapé 68).

⁽⁵⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre a temática da natureza do direito do arrendatário, v. Santos Justo, A. (2012), pp. 111-124; Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 57-74.

proprietários e a que, doutro modo, não poderiam portanto chegar.” (Pinto Furtado, 2009: 14)

2.4 A qualidade de mero detentor do arrendatário

No que diz respeito à qualificação do arrendatário face à coisa locada, esta foi em tempos uma questão controversa, divergindo as opiniões quanto ao poder exercido por aquele, isto é, se o arrendatário se traduzia num verdadeiro possuidor ou apenas um mero detentor do imóvel.

Contudo, a posição predominante da doutrina e jurisprudência atual vai no sentido de o arrendatário ser um mero detentor, não tendo por isso a verdadeira posse do locado mas apenas uma detenção ou posse precária. (Pinto Furtado, 2009: 497)

Na medida em que o locatário, celebrado o contrato, adquire somente o gozo da coisa locada – e em específico no arrendamento urbano, o gozo do imóvel – não poderia este ser qualificado como possuidor do mesmo, pois a posse não lhe é atribuída por este contrato mas, somente, a detenção.

Assim, apesar de o imóvel ser entregue ao arrendatário, não é fundamento bastante para que lhe seja atribuída a natureza de possuidor.

Contudo, ainda que o arrendatário seja entendido como um mero detentor, por lhe ser conferido um direito pessoal de gozo face ao imóvel, não lhe retira a possibilidade de exercer certos expedientes legais concedidos aos verdadeiros possuidores previstos no art. 1276º e ss. CC, nomeadamente, as ações de defesa da posse, por remissão do art. 1037º, nº 2 CC. Isto é, o arrendatário tem legitimidade para exercer as ações possessórias por equiparação aos verdadeiros possuidores para que, assim, possa tutelar e assegurar a respetiva detenção que lhe é facultada sobre o imóvel face a eventuais privações ou perturbações no exercício do seu gozo sobre a coisa, quer o esbulho seja motivado por um terceiro, quer pelo próprio locador (senhorio).

É precisamente esta a conclusão que se retira da análise da doutrina, que estabelece que “a nossa lei, à semelhança, aliás, de outras legislações, confere ao arrendatário (ao locatário, em geral) os meios facultados ao possuidor (...) querendo dizer com isto, apenas, que lhe concede legitimidade para intentar acções possessórias, em defesa da sua detenção do prédio arrendado, por mera atribuição analógica com os verdadeiros possuidores. Trata-se de uma mera equiparação a estes, dos meros detentores ou possuidores precários (em

nome alheio), atribuindo-se-lhes a tutela possessória, propriamente por efeito da detenção, em si.” (Pinto Furtado, 2009: 497)

Do mesmo modo se pronuncia a jurisprudência, como se verifica através do excerto do acórdão do STJ de 27.11.1997, que determina que “O arrendatário não é possuidor, mas mero detentor, possuidor precário ou possuidor em nome de outrem, relativamente ao prédio arrendado.”⁽⁶⁾

3. A excepção de não cumprimento do contrato

3.1 Conceito e regime jurídico

A excepção de não cumprimento do contrato, também designada por excepção de inadimplência, encontra-se regulada nos art. 428º a 431º CC, dispondo o art. 428º, nº1 CC que: “Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.”

Assim, a *exceptio non adimpleti contractus* consiste na faculdade concedida a cada uma das partes de, nos contratos sinalagmáticos, recusar a realização da sua prestação enquanto não se verificar a realização prévia ou o oferecimento simultâneo da prestação da contraparte. (Abrantes, 1986: 39; Taveira da Fonseca, 2015a; 101)

Nestes casos é lícita a recusa de cumprimento, sendo este meio de defesa sempre invocável se não estiverem fixados prazos diferentes para as prestações, não havendo assim lugar à aplicação do regime da mora (art. 804º e ss. CC) nem do regime do incumprimento definitivo (art. 808º CC), mesmo que haja interpelação pela contraparte.

O nº 2 do art. 428º CC estipula que nestes casos a excepção de não cumprimento do contrato não pode sequer ser afastada mediante a prestação de garantias.

Todavia, mesmo sendo fixados prazos diferentes para o cumprimento das obrigações é evidente a faculdade da invocação da *exceptio* pelo contraente cuja prestação deva ser cumprida posteriormente à do outro.

O art. 429º CC prevê ainda uma situação em que, mesmo havendo a estipulação de prazos distintos para o cumprimento das prestações, possibilita a invocação da excepção de não cumprimento do contrato pelo contraente que devia cumprir em primeiro lugar. Tal refere-se à hipótese de se constatar relativamente à outra parte, ou seja, à parte que devia

⁽⁶⁾ Acórdão do STJ de 27.11.1997, Processo nº 597/97 – 2ª Secção.

cumprir posteriormente, alguma das circunstâncias que implicam a perda do benefício do prazo. Nos termos do art. 780º CC constam como tais circunstâncias a insolvência da outra parte, mesmo que não judicialmente declarada e, ainda, a diminuição de garantias do crédito ou a não prestação das garantias prometidas. Aqui é já possível afastar a invocação da *exceptio* mediante a prestação de garantias de cumprimento. (Menezes Leitão, 2011: 271-272)

Por sua vez, o art. 430º CC determina que mesmo que se encontre prescrito um dos direitos, o respetivo titular mantém a faculdade de se munir com a exceção de não cumprimento do contrato, consubstanciando tal situação num desvio ao princípio da prescrição que resulta da importância assumida pelo sinalagma característico das obrigações das partes. Não obstante, quando se trate de uma prescrição presuntiva (art. 312º e ss. CC), excepciona-se a possibilidade anteriormente referida, justificando-se tal restrição pelo facto de as prescrições presuntivas se fundarem na presunção do cumprimento.

Por fim, de acordo com o art. 431º CC, a exceção de não cumprimento do contrato é oponível a terceiros⁽⁷⁾ que venham a substituir qualquer umas das partes nos seus direitos e obrigações contratuais, seja através de cessão da posição contratual ou de transmissão por morte. (Almeida Costa, 1991: 293; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 408)

3.2 Evolução histórica e Direito Comparado

A admissão pelo Direito Romano Clássico dos contratos não formais começa a surgir sob a condição de demonstrarem que a obrigação assumida teria uma contrapartida ou causa, dando assim origem ao surgimento dos contratos sinalagmáticos marcados essencialmente pela reciprocidade das obrigações.

Todavia, essa noção de contratos sinalagmáticos não se coaduna com a figuração atual, dado que a reciprocidade entre as obrigações, enquanto designação para o facto de ambas as partes serem credores e devedores em simultâneo, não implicava uma interdependência das mesmas. Verificava-se, antes, a imposição do princípio da independência ou autonomia das obrigações.

O Direito Romano, dominado pelo formalismo enquanto condição de validade de qualquer ato jurídico, rejeitava por absoluto a existência de um nexo de interdependência recíproca que ligasse duas obrigações, resultando que para um contrato estar perfeito

(7) Para maiores desenvolvimentos, relativamente à oponibilidade da *exceptio* a terceiros v. Vaz Serra, A. (Junho de 1957), pp. 113-167.

bastava a observação do formalismo exigido independentemente da intenção real das partes, sendo a fonte da obrigação um ato meramente abstrato, o que justifica a inércia da ideia de interdependência das obrigações contratuais revelada naquele direito.

Posteriormente, surgem algumas formas de reação contra a solenidade e abstração excessivas que caracterizavam o primitivo Direito, porém sem nunca se ter consagrado um princípio geral da interdependência das obrigações sinalagmáticas.

Tal interdependência só existia no momento do nascimento do contrato, uma vez que a obrigação de uma das partes não podia nascer sem a obrigação da outra, sendo todavia mais dificilmente aceite na fase de execução.

Para além disso, não se vislumbrava a aplicação dessa ideia em mais nenhum contrato senão a compra e venda, verificando-se apenas no século II, textos consagradores desse princípio, em que a entrega da coisa não podia ser exigida do vendedor, enquanto o comprador não pagasse o preço e, mais ainda, o comprador a quem fosse exigido o preço sem que a coisa lhe fosse entregue podia, por sua vez, invocar a *exceptio mercis non traditae* ou a *exceptio doli*. Esta última é uma forma de defesa específica do réu contra o dolo ou a má-fé do autor na sua intenção contratual.

Desta forma, o direito do vendedor era visto como um direito de retenção da coisa até à realização do pagamento do preço e o direito do comprador tinha por base a exceção de dolo, formulada numa ideia de equidade e não de interdependência das obrigações dos contraentes.

Assim, apesar de nunca ter consagrado uma teoria geral do instituto em causa é de referir que foi com o Direito Romano que se obteve os primeiros traços do meio de defesa, que viria a dar lugar à exceção de não cumprimento do contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). (Abrantes, 1986: 11-17)

Foi finalmente com os pós-glosadores e tendo por base textos romanos que pressentiam já assim aquele instituto, que “extraíram uma ideia comum e construíram a teoria geral da exceção de incumprimento do contrato.” (Abrantes, 1986: 17)

Não obstante, tal só foi possível quando os tradicionais quadros do pensamento jurídico romano foram questionados por influência dos juristas de Direito canónico que, sendo defensores da ideia de fidelidade da palavra dada, concebiam força obrigatória aos simples acordos de vontade e à sua respetiva aplicação a todo o tipo de contrato sinalagmático, quer fossem ainda, contratos consensuais ou inominados, consagrando a regra de que “qualquer pessoa que assume um compromisso, que empenhe a sua palavra,

deve manter-se-lhe fiel, sob pena de não poder prevalecer-se de compromissos reciprocamente contratados a seu favor.” (Abrantes, 1986: 18)

Daqui radica o surgimento do princípio geral da interdependência, dando então lugar à teoria geral do instituto da *exceptio non dimpleti contractus* formulada pelos pós-glosadores e teorizada pelo jurista medieval Bártolo, cujas características principais de equidade e justiça comutativa se firmam no século XV encontrando esta figura aplicabilidade dentro e fora dos contratos.⁽⁸⁾ (Abrantes, 1986: 18-19)

O princípio da execução simultânea das obrigações sinalagmáticas encontrava-se então, já no século XVI, perfeitamente integrado em várias legislações, inclusive no Direito germânico. (Abrantes, 1986: 19)

Pode-se, assim, afirmar que o instituto da exceção de incumprimento do contrato é atualmente uma presença generalizada nas legislações de diversos países, o que se evidencia pela sua consagração expressa com caráter geral.

A implementação desta figura com caráter geral foi, desde logo, admitida pelo Código Civil Alemão de 1900 influenciando o Direito germânico, o Direito suíço, grego e holandês.

Esta orientação é seguida igualmente pelos Códigos latinos, nomeadamente pelo Código italiano de 1942 (art. 1460º e seguintes), o qual exerceu uma viva influência no nosso legislador, manifestando-se o instituto em causa também no nosso Código Civil português (Decreto-Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966) nos art. 428º e ss. CC, legislações estas em que o princípio se encontra expressamente consagrado.

Considera-se ainda a sua consagração nos Códigos etíope, tunisino e argentino, tal como o direito anglo-americano parece admitir o instituto, ainda que implicitamente.

Deste modo é visível a consagração do instituto da *exceptio non dimpleti contractus* nas legislações de diversos países, ainda que alguns deles o façam de modo implícito ou com uma delimitação e abrangência distintas do nosso Direito português.⁽⁹⁾ (Abrantes, 1986: 32-33)

(8) Veja-se o exemplo do vassalo que, ao não ser protegido pelo senhor, pode recusar a este, o cumprimento das suas obrigações.

(9) Para maiores desenvolvimentos, v. Abrantes, J. (1986), pp. 32-33.

3.3 Pressupostos de aplicação

3.3.1 Existência de um contrato bilateral

Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos traduzem-se naqueles contratos dos quais derivam obrigações recíprocas para ambas as partes. (Almeida Costa, 1991: 288; Taveira da Fonseca, 2015a: 101)

Estes têm como principal característica a ideia de interdependência entre as obrigações reciprocamente assumidas pelas partes, resultantes do próprio contrato.

O vínculo de interdependência entre as prestações criado pela lei tem como fundamento o pressuposto de que cada uma delas é a contrapartida da outra, pelo que nenhum dos devedores está adstrito a cumprir a sua obrigação sem que o outro cumpra igualmente, sendo esta a ideia de justiça comutativa que se pretende efetivar.

Assim, é esta corresponsabilidade entre obrigações que melhor caracteriza esta tipologia de contratos, havendo neles uma prestação e a respetiva contraprestação, funcionando uma como a contrapartida da outra.

Note-se que, para que se produza o vínculo sinalagmático não é necessária uma equivalência real entre as prestações, bastando que cada um dos contraentes verifique na prestação da outra parte compensação suficiente para a sua própria prestação, segundo um critério subjetivo, produzindo-se ainda, independentemente da vontade das partes. (Abrantes, 1986: 39-41)

A relação sinalagmática abrange, em regra, as obrigações principais e essenciais emergentes do contrato que prosseguem diretamente o interesse dos contraentes e já não aquelas que apresentam um carácter secundário em relação à própria estrutura do contrato que tem por objeto a troca de prestações, nomeadamente, entre as obrigações principais desse mesmo contrato. Esta relação sinalagmática que se produz entre as obrigações típicas de um contrato permite caracterizá-lo como bilateral. (Abrantes, 1986: 42)

Contudo, nada impede que a *exceptio* funcione nas obrigações acessórias emergentes do contrato, desde que esteja verificado o requisito imprescindível de interdependência e reciprocidade entre as mesmas. (Calvão da Silva, 1997: 333)

Ora, não se pode confundir prestações secundárias dos designados deveres acessórios de conduta, uma vez que estes últimos, não dizendo respeito diretamente à realização da prestação principal, são essenciais para o desenvolvimento da relação obrigacional. Inversamente, o cumprimento das prestações secundárias não prejudica em nada o cumprimento da prestação principal, sendo estranha ao seu conteúdo, tendo que se desintegrar ambas as prestações pertencentes à mesma obrigação complexa. No caso do

não cumprimento da prestação secundária prejudicar de algum modo o cumprimento da prestação principal, então esta figura terá que ser requalificada como dever acessório, aplicando-se a este o regime correspondente à obrigação principal. (*apud* Abrantes, 1986: 42-43)

Conforme defende a melhor doutrina, “Quando a inobservância dos deveres acessórios de prestação ou dos deveres acessórios de conduta seja tão grave como a inobservância dos deveres principais, o credor pode invocar a exceção de não cumprimento do contrato para que o devedor contribua, como deve, para a realização do conjunto da relação contratual.” (Oliveira, 2011: 275)

Quanto ao critério de gravidade aqui exigido, são duas as circunstâncias em que as regras e princípios relativos ao incumprimento das obrigações principais devem aplicar-se à inexecução dos deveres acessórios, nomeadamente: quando o cumprimento das obrigações principais sem o cumprimento dos deveres acessórios de prestação ou de conduta, se verifique inútil para o credor e, quando a inexecução dos deveres acessórios seja de tal gravidade que, “a execução de todo o negócio não aparece mais como exigível.” (Oliveira, 2011: 275)⁽¹⁰⁾

É exemplo de contrato bilateral ou sinalagmático, o contrato de locação (art. 1022º e ss. CC), em que se verifica a corresponsabilidade entre a obrigação de o senhorio entregar a coisa locada ao locatário e de lhe assegurar o respetivo gozo (art. 1031º, al. a) e b) CC) e a obrigação por parte do locatário, de pagar a renda ao senhorio (art. 1038º, al. a) CC), sendo estas as obrigações principais deste contrato.

Contrariamente, não é possível caracterizar-se como sinalagmáticos os contratos que inicialmente só geram obrigações para uma das partes, podendo eventualmente vir a surgir obrigações para a outra parte durante a sua execução, ou seja, os designados contratos bilaterais imperfeitos. Tais contratos não se inserem na categoria de contratos bilaterais pois nestes não se verifica a existência de um sinalagma, não há prestação e contraprestação reciprocamente, sendo as obrigações de uma das partes meramente eventuais. (Taveira da Fonseca, 2015a: 101-102; 149-150)

O vínculo sinalagmático reflete-se não só no momento da celebração do contrato em que se dá o nascimento das obrigações recíprocas, como também durante a sua execução, daí ser normalmente designado por sinalagma genético e sinalagma funcional.

(10) A título de exemplos referentes a essas duas circunstâncias, v. Oliveira, N. (2011), pp. 795.

O primeiro significa que no momento da sua formação ou gênese, cada uma das obrigações são a causa e a razão de ser da outra, não sendo possível que uma exista sem a outra; já o segundo pretende referir-se ao desenvolvimento e manutenção das obrigações já constituídas, nomeadamente, quanto à exigência de persistência desta obrigação e do seu respetivo cumprimento.

O vínculo sinalagmático característico destes contratos encontra manifestação típica, entre outros, através do instituto da exceção de não cumprimento do contrato (428º, nº 1 CC), enquanto instituto próprio dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos.

Este instituto trata-se de uma faculdade concedida pela lei a ambos os contraentes, para que cada um deles não tenha que cumprir a sua prestação enquanto a contraprestação não tenha sido efetuada. Não tendo tal incumprimento caráter definitivo poderá a outra parte invocar a exceção de não cumprimento do contrato, para assim reter licitamente a sua prestação, retardando a sua realização, até que a outra seja cumprida.

Deste modo, evidencia-se a interdependência funcional existente entre as obrigações recíprocas de um contrato, do qual deriva diretamente o princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas, em que, sendo cada uma delas a causa da existência da outra, a execução de cada uma é pressuposto da execução da outra. Assim, essas mesmas obrigações carecem de ser cumpridas em simultâneo, não tendo nenhum dos contraentes de cumprir se não houver cumprimento simultâneo do outro. O instituto da *exceptio* funciona, deste modo, como um meio de assegurar o respeito pelo referido princípio. (Abrantes, 1986: 42-51)

“Daí resulta que, se um dos contraentes não cumpre a sua obrigação na época do vencimento (...) e, apesar disso, reclama a contraprestação, o devedor desta pode, legitimamente, recusá-la enquanto subsistir esse estado de coisas: é a exceção de não cumprimento do contrato (art.428º/1).” (Abrantes, 1986: 50-51)

Importa ainda, entre os contratos bilaterais, perceber como funciona o instituto em análise nos contratos plurilaterais e nos contratos duradouros, uma vez que o sinalagma assume contornos muito particulares.

Os contratos plurilaterais são aqueles que contêm mais de duas partes e em que cada uma das suas prestações se destina à prossecução de um fim comum. Estabelece-se, assim, um vínculo sinalagmático entre cada prestação e todas as outras.

Encontra-se aceite no direito português, face ao princípio da boa-fé (art. 762º, nº 2 CC), que cada um dos contraentes possa recusar a sua prestação quando a parte que a reclama não tenha cumprido. Contudo, se o demandante tiver já cumprido a sua prestação,

o demandado só poderá recusar a realização da sua, se outros contraentes não tiverem também cumprido as suas prestações e essas sejam consideradas essenciais no caso concreto, não sendo a *exceptio* oponível, nesta hipótese, ao demandante. Só assim se revela legítima a invocação deste meio de defesa, com o objetivo de compelir o devedor ou devedores faltosos a cumprir as suas obrigações.

Quanto à oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* a um cumprimento meramente parcial, entende-se que esta terá que ser oposta na medida proporcional ao que falta ser prestado, desde que o não cumprimento parcial da contraprestação assuma um grau de importância que legitime a sua invocação.

Relativamente aos contratos de execução continuada ou periódica (contratos duradouros), tratam-se de contratos em que a prestação se protela no tempo, sendo devidas uma pluralidade de prestações, que derivam de uma única obrigação e em que cada uma dessas prestações representa um interesse distinto do credor, que deve ser devidamente satisfeito. Não se pode, assim, confundir com a figura das obrigações fracionadas em que é devida uma só prestação a satisfazer por partes, ao contrário do que ocorre nas prestações duradouras, em que são devidas inúmeras prestações que advêm de uma só obrigação. (Abrantes, 1986: 51-60)

Vislumbre-se o exemplo doutrinário que indica que “O vínculo sinalagmático estabelece-se entre cada uma das prestações e a correspondente contraprestação, daí resultando que a exceção de inadimplência pode ser exercida por qualquer dos contraentes, desde que a prestação e a contraprestação correspondentes devam ser realizadas simultaneamente ou a prestação do excipiente só deva ser feita depois da do outro contraente. É assim que, por exemplo, se A estiver obrigado a fornecer a 30 de cada mês certa quantidade de x a B, fornecimento que este deve pagar uma semana antes (a 23), A pode recusar a sua prestação no caso de B não ter ainda feito o pagamento correspondente.” (Abrantes, 1986: 60)

Contrariamente, não será já oponível o referido meio de defesa por um dos contraentes recusando a sua prestação correspondente a outra que já foi efetivada, com o fundamento do não cumprimento pelo outro contraente de prestações ulteriores.

Não obstante, já será possível fazê-lo, com o argumento do não cumprimento de prestações anteriores pela contraparte, às quais correspondem prestações por ele já realizadas. Aqui, a *exceptio* assume a função de assegurar o cumprimento das prestações contratuais, sendo esta a única forma de que dispõe a parte adstrita ao cumprimento prévio

de garantir quando o outro contraente tem em falta prestações atrasadas. (Abrantes, 1986: 60-61)

A título de exemplo temos a seguinte hipótese: (...) “uma companhia de energia eléctrica que suspende o fornecimento a um dos seus clientes enquanto este não pagar as prestações em dívida, correspondentes a fornecimentos efectuados em meses anteriores.” (Abrantes, 1986: 61)

Constata-se assim, a aplicabilidade da excepção de não cumprimento do contrato a todo e qualquer contrato bilateral, ainda que apresentem uma estrutura sinalagmática peculiar. (Abrantes, 1986: 62)

Importa, ainda, fazer uma breve referência à divergência que existiu em tempos em sede jurisprudencial dos nossos Tribunais Superiores, que colocavam em causa o que foi anteriormente dito, com soluções no âmbito do contrato de locação (sendo este precisamente um contrato bilateral de prestação duradoura) que sustentavam que este meio de defesa apenas seria oponível pelo locador contra o locatário e nunca o inverso, situação esta merecedora de mais desenvolvimentos, a que se refere o capítulo 4.1.⁽¹¹⁾

3.3.2 Não existência da obrigação de cumprimento prévio por parte do contraente que invoca a excepção

Não é possível ao contraente que se encontra obrigado a cumprir em primeiro lugar invocar a excepção de não cumprimento do contrato, uma vez que estando afastado neste caso o princípio do cumprimento simultâneo, não pode fazer depender dele a realização da sua prestação.

Tratando-se de obrigações puras, imediatamente exigíveis, dispõe o art. 777º, nº 1 CC que os contraentes encontram-se vinculados para o cumprimento das suas prestações, pela simultaneidade recíproca, pelo que se um deles não oferecer o cumprimento da sua prestação e exigir a contraprestação à outra parte, poderá esta última invocar contra o outro a *exceptio* nos termos do art. 428º, nº 1 CC.

Todavia, o regime do art. 777º, nº 1 CC é meramente supletivo, sendo dada às partes a faculdade de estipular prazos diferentes para o respetivo cumprimento das suas prestações, conforme lhes aprouver. Deste modo, havendo um distanciamento temporal para o cumprimento das obrigações sinalagmáticas, continua a verificar-se a relação de interdependência entre as mesmas, contudo, não existindo aqui a obrigação de execução

(11) Cf. Pág. 29-30.

simultânea que o meio de defesa em análise visa sancionar, não pode o contraente adstrito a cumprir previamente fazer-se valer dele para recusar a execução ou opor a falta de cumprimento da contraprestação, tendo o dever de realizar a sua prestação, não obstante a contraparte não ter ainda cumprido a sua.

Evidencia-se assim, a redação pouco feliz do art. 428º, nº 1 CC, uma vez que apenas faz referência, enquanto pressuposto de invocação da *exceptio*, o facto de não haver prazos diferentes para o respetivo cumprimento. Porém, não restam dúvidas da aplicabilidade do meio de defesa quando as prestações recíprocas tenham prazos distintos de cumprimento, não sendo invocável por quem tenha a obrigação de cumprir em primeiro lugar, mas podendo ser alegada pela contraparte, que tem um determinado prazo a seu favor.

Note-se, contudo, que vencendo-se a contraprestação e esta não seja realizada, as respetivas obrigações ficam vinculadas novamente pelo princípio da execução simultânea, uma vez que se tornam ambas exigíveis. (Abrantes, 1986: 68-73)

O art. 429º CC, consagra um desvio à regra anteriormente mencionada, na qual (...) “ainda que um dos sujeitos esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, poderá legitimamente recusar a respectiva prestação, se posteriormente ao contrato, se verificar quanto ao outro algum dos factos que determinam a perda do benefício do prazo”. (Abrantes, 1986: 74)

Nas obrigações com prazo estabelecido a favor do devedor (art. 799º CC), há a possibilidade da perda do benefício de prazo por parte daquele, tendo como consequência automática o facto da sua obrigação se tornar exigível de imediato, podendo o credor reclamar o seu pagamento mediante interpelação. As situações que podem provocar essa perda são as estipuladas no art. 780º, nº 1 CC, nomeadamente: a insolvência do devedor ou a diminuição das garantias do crédito por culpa sua, ou ainda, que não sejam prestadas as garantias por si prometidas. Assim, ocorrendo qualquer uma destas hipóteses, pode o credor exigir o cumprimento antecipado da prestação.

A doutrina dominante tem entendido que o art. 429º CC contém uma remissão para o referido art. 780º, nº 1 CC, no qual, verificando-se em relação à contraparte uma das situações aí previstas, aquele que se encontra obrigado ao cumprimento prévio passa a poder opôr àquele a excepção de não cumprimento do contrato. (Abrantes, 1986: 74-76; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 407; Menezes Leitão, 2011: 272; Calvão da Silva, 1997: 332; Taveira da Fonseca, 2015a: 187-188)

A tese de Vaz Serra vai em defesa do contrário, afirmando que “Talvez não seja de exigir a insolvência, pois o que importa é que a situação patrimonial da outra parte ponha em perigo a efetivação do direito à contraprestação. (...) O que se afigura conveniente é, (...) considerar indispensável que a situação patrimonial da outra parte ponha em perigo evidente a efetivação do direito à contraprestação.” (Vaz Serra, 1957b: 57)

Entende o autor que a possibilidade de o contraente que está adstrito ao cumprimento prévio poder invocar a *exceptio* nos termos do art. 429º CC, não deve limitar-se às situações previstas no art. 780º CC, mas antes, estender-se a toda e qualquer hipótese em que se verifique o pioramento substancial da situação patrimonial da outra parte, colocando assim em perigo a efetivação do direito à contraprestação. Deste modo, pode a parte que vê o seu direito à contraprestação em perigo recusar a sua prestação que devia ser efetuada antes da prestação da contraparte. (Vaz Serra, 1957b: 62-63)

A doutrina majoritária defende a remissão do art. 429º para o 780º CC, entendendo que a razão de ser das normas é a mesma e ainda que, na base dessa limitação circunstancial da aplicabilidade da exceção de não cumprimento do contrato, encontram-se razões de segurança jurídica, sendo esse o verdadeiro fundamento do regime em causa. Assim, considera-se que o legislador optou pela restrição aos casos previstos no art. 780º, nº1 CC, por não existir a mesma dificuldade de prova que ocorreria se possibilitasse a aplicabilidade do art. 429º CC em termos genéricos, a toda e qualquer situação que consubstanciasse perigo para a efetivação do direito à contraprestação. Considera-se assim, ser esta a *ratio legis* da solução adotada, pelo que só as situações expressamente previstas no art. 780º CC, importam a perda do benefício do prazo, fundamentando a invocação da *exceptio* na circunstância consagrada no art. 429º CC. (Abrantes, 1986: 79-81)

Por fim, é relevante ainda uma breve referência à previsão da lei quanto a outra situação que importa a perda do benefício do prazo, nomeadamente, a situação prevista no art. 781º CC, referente a uma obrigação cujo objeto possa ser fracionado no tempo e em que o incumprimento de uma das prestações implica a perda do benefício do prazo em relação às restantes, sendo aceite também neste caso a possibilidade de a contraparte invocar a exceção de não cumprimento do contrato, podendo este suspender a sua prestação, até que todas as prestações devidas pela contraparte sejam efetuadas. (Abrantes, 1986: 84)

3.3.3 Não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da contraprestação

A exceção de não cumprimento do contrato resulta na recusa legítima por parte do excipiente de realizar a sua prestação, em que a contraparte reclama o cumprimento sem ela própria ter efetuado a sua prestação.

Desta feita, a parte que demanda o cumprimento sem que tenha ele próprio cumprido ou oferecido o cumprimento simultâneo, desrespeita as regras de execução simultânea das obrigações sinalagmáticas, que deriva da reciprocidade das mesmas. Assim, fica este em incumprimento, uma vez que já deveria ter efetuada a sua prestação, o que faculta ao excipiente suspender o cumprimento da sua obrigação, até que se verifique o cumprimento da contraparte.

Importa referir que a exceção de não cumprimento do contrato pressupõe que o incumprimento em causa não seja definitivo, ou seja, que não impossibilite uma execução posterior da obrigação em falta, não havendo perda do interesse do credor na realização da mesma e que esta seja realizável no futuro e ainda que, o referido meio de defesa tenha efeitos meramente temporários e transitórios, no sentido em que se verifique a existência de uma prestação por cumprir e a sua suspensão até que seja efetuada a recíproca contraprestação, carecendo que ambas sejam ainda realizáveis.

Todavia, para que a *exceptio* seja invocada não é necessário que o incumprimento da contraparte lhe seja imputável, na medida em que, o referido meio de defesa não consubstancia uma sanção, mas antes uma forma de proteção e de garantia do equilíbrio entre as recíprocas obrigações sinalagmáticas assumidas pelas partes de uma relação contratual.

Deste modo, a exceção de inadimplência é invocável independentemente da existência de culpa do devedor pelo incumprimento em atraso, podendo este ser-lhe imputável ou dever-se a causas que lhe sejam estranhas. (Abrantes, 1986: 85-88)

Verifica-se, ainda, uma situação em que a exceção de não cumprimento do contrato não pode ser invocada pelo contraente, nomeadamente, quando nos termos do art. 813º CC, “este sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”. (Abrantes, 1986: 89)

Tal circunstância consiste numa recusa perante a oferta de uma prestação para que se verifique validamente o seu cumprimento, pelo que a não-aceitação por parte do credor torna o incumprimento imputável a este último e não ao devedor, sendo o próprio credor a

incorrer em mora (art. 814º a 816º CC). Assim, não é possível a invocação da *exceptio*, nos casos em que a parte que a alega se encontra em *mora accipendi*, uma vez que se verifica uma recusa injustificada por parte deste de receber a contraprestação.

Para que a exceção de não cumprimento do contrato seja afastada terá que se provar algum dos factos apresentados, nomeadamente, que aquele que invoca a *exceptio* tenha a obrigação de cumprir previamente sem que se tenha verificado a perda do benefício do prazo, que a parte contra quem é alegado o meio de defesa já tenha cumprido a sua obrigação, ou ainda, este ter oferecido o cumprimento simultâneo. Caso se verifique uma destas hipóteses, cessa a funcionalidade e a *ratio legis* da *exceptio*, sendo por isso, afastável. (Abrantes, 1986: 89-92; Taveira da Fonseca, 2015a: 202-203)

Uma outra questão relaciona-se com a alegação do referido meio de defesa, quando se está perante um cumprimento inexato da obrigação, ou seja, quando a prestação é atempadamente cumprida, mas não em correspondência à obrigação devida.

Enquadra-se no conceito de cumprimento inexato, não só a situação de cumprimento parcial em que a prestação não é quantitativamente suficiente, mas também a situação de cumprimento defeituoso ou mau cumprimento em que a prestação é mal executada em termos qualitativos ou em que não foi cumprido um dever complementar de conduta, ou seja, sempre que a prestação seja realizada mas não nas condições devidas.

Entende-se que, para aferir se o defeito em concreto afeta ou não o fim da obrigação em causa, é necessária uma apreciação objetiva, tendo em conta o caso concreto pois, contrariamente ao que se verifica quanto ao cumprimento parcial no nosso Código Civil (art. 793º e 802º CC), tal tratamento não foi dado ao cumprimento defeituoso.

Considera-se, então, que as disposições relativas ao contrato de empreitada poderão servir de regime geral quantos aos aspetos essenciais do cumprimento defeituoso, tal como se entende que é possível a aplicação analógica do regime do cumprimento parcial ao cumprimento defeituoso, uma vez que do art. 763º, nº1 CC quanto ao cumprimento parcial, resulta que se o devedor se propuser a um cumprimento inexato, pode o credor recusá-lo. (Abrantes, 1986: 92-97)

Deste modo, é pacífico que “Se o contraente recusar a prestação parcial ou defeituosa, colocará a outra parte numa situação de incumprimento total, a que é oponível a exceção de inadimplência”. (Abrantes, 1986: 98)

De modo diverso se trata a questão da legitimidade da invocação da *exceptio* nos casos em que o credor aceite a prestação sem qualquer reserva, não obstante os vícios ou

defeitos da mesma, podendo aqui afigurar-se ilegítimo alegar o meio de defesa em análise. (Abrantes, 1986: 98)

Entre as soluções adotadas pelas legislações estrangeiras⁽¹²⁾, a adotada pela doutrina portuguesa é a tese da redução da exceção também perfilhada pela França e Espanha, em que quando se verifique uma situação de cumprimento defeituoso ou parcial, a recusa de cumprimento poderá ser contrária ao princípio da boa-fé, se apenas faltar uma pequena parte da prestação que não pode ser cumprida no momento.

Assim, a solução mais adequada será a do excipiente apenas poder suspender uma parte da sua prestação, que seja o suficiente para o garantir contra o respetivo incumprimento da contraparte. Nestes casos, o princípio da boa-fé exige assim a redução do exercício da exceção de não cumprimento do contrato, não permitindo a suspensão total da prestação.

Também a jurisprudência tem entendido este princípio como um limite ao exercício da *exceptio* quando se trate de um cumprimento inexato, defendendo a redução ou até mesmo a negação deste meio de defesa, conforme as circunstâncias do caso concreto.⁽¹³⁾ (Abrantes, 1986: 104-109)

Assim, a posição defendida pela doutrina, vai no sentido de que o exercício da exceção de não cumprimento do contrato em caso de incumprimento parcial ou cumprimento defeituoso (tendo aqui a designação de *exceptio non rite adimpleti contractus*) tem por base a ideia de proporcionalidade e coerência desta com o princípio da boa-fé, na medida em que o alcance deste instituto deve ser proporcional à gravidade do incumprimento. (Abrantes, 1986: 110; Almeida Costa, 1991: 290-291; Menezes Leitão, 2011: 272-273)

Por respeito ao princípio da boa-fé e por uma questão de justiça e equidade, não pode a parte que recebe um cumprimento parcial ou defeituoso ser impedida invocar a exceção de inadimplência, assim como não pode, com tal invocação, pretender a recusa total do cumprimento da sua prestação. Desta feita, deverá haver proporcionalidade entre a parte da prestação recusada pelo excipiente e a parte da prestação ainda não cumprida pelo outro contraente. (Abrantes, 1986: 110-111)

(12) Para maiores desenvolvimentos v. Abrantes, J. (1986), pp. 99-103.

(13) A título exemplificativo, apresenta-se o acórdão do STJ de 11.12.1984 que determina nesse mesmo sentido que “o locatário só pode suspender o pagamento da renda (de toda a renda) quando se trate de não cumprimento do locador que exclua totalmente o gozo da coisa; no caso de privação parcial do gozo, imputável ao locador, o locatário apenas poderá suspender o pagamento de parte da renda.”. V. Abrantes, J. (1986), pp. 109.

Neste âmbito é exigido que o incumprimento deste último revista uma certa gravidade, do qual não pode o excipiente aproveitar-se para deixar de realizar a sua própria obrigação, pelo que resulta daí que, “à inexecução parcial ou à inexecução defeituosa de uma das partes de um contrato bilateral só poderá normalmente ser oposta uma recusa de prestar também em termos meramente parciais”. (Abrantes, 1986: 111)⁽¹⁴⁾

3.3.4 Não contrariedade à boa-fé

O princípio da boa-fé enquanto princípio basilar da relação obrigacional encontra-se previsto no art. 762º, nº 2 CC e tem por função limitar o exercício da excepção de não cumprimento do contrato, evitando que esta se desvie do fim a que se destina.

O art. 428º CC tem como pressuposto para o exercício da *exceptio* o facto de as partes deverem proceder de boa-fé, quer no cumprimento da sua obrigação quer no exercício do respetivo direito, sendo diretamente resultante do art. 762º, nº 2 CC. (Abrantes, 1986: 119)

Este princípio é vinculativo a ambas as partes da relação contratual, pelo que, de acordo com a doutrina “Quando os limites impostos pela boa fé sejam excedidos de forma evidente ou inequívoca, haverá abuso de direito o que determina a ilegitimidade do seu exercício (art.334º)”. (Abrantes, 1986: 120)

Pode traduzir-se, assim, a boa-fé como um conjunto de “regras implícitas na ordem jurídica, que são impostas pela consciência social e correspondem a um determinado conjunto de valores éticos predominantemente aceites na sociedade”, as quais devem sair respeitadas no exercício dos direitos e no cumprimento do deveres. (Abrantes, 1986: 121)

Deste modo, ambos os contraentes devem respeitar este princípio tanto no exercício do seu direito de crédito enquanto credor, bem como no alcance e forma de cumprimento da sua prestação enquanto devedor, sendo exigível a ambas as partes que se abstenham de comportamentos que possam causar prejuízos à outra parte, podendo a boa-fé consubstanciar, por vezes, atuações positivas das partes. (Abrantes, 1986: 121-122)

Este princípio tem incidência no instituto em análise relevando para tal, um afloramento desta temática.

O princípio da boa-fé tem concretização no exercício da excepção de não cumprimento do contrato, na medida em que se traduz “na necessidade de

(14) Para maiores desenvolvimentos, v. Abrantes, J. (1986), pp. 111-120.

proporcionalidade entre a inexecução que se invoca para justificar o exercício da exceção e esta própria”. (Abrantes, 1986: 123)

Segundo a doutrina de Almeida Costa “seria contrário à boa fé que um dos contraentes recusasse a sua inteira prestação, só porque a do outro enferma de uma falta mínima ou sem suficiente relevo”. (*apud* Taveira da Fonseca, 2015a: 228)

Assim, não devem as partes invocar a *exceptio* injustificadamente ou de forma desproporcional, pois tal situação configurará uma atuação de má-fé, ferida de ilegitimidade, sendo esta ideia aplicável, mesmo fora dos casos da execução parcial ou imperfeita. (Abrantes, 1986: 124)

Embora a boa-fé só possa ser concretizada caso a caso, de acordo com as situações concretas que se verificarem, encontra-se aceite que para que o referido meio de defesa possa ser invocado sem que haja contrariedade à boa-fé, é necessária a existência de uma tripla relação entre o não cumprimento de uma das partes e a recusa do cumprimento por parte daquele que alega a *exceptio*, nomeadamente, uma relação de sucessão, causalidade e proporcionalidade entre aquelas, sendo estes os três vetores de valorização e aferição da conduta dos contraentes.

Quanto à relação de sucessão, implica que aquele que invoca o instituto *in casu*, não tenha já caído numa situação de incumprimento, devendo a recusa de cumprir ser sempre posterior ao incumprimento da contraparte e não anterior, ou seja, só é legítima a recusa do cumprimento após se verificar que a outra parte não cumpriu a sua prestação.

No que diz respeito ao segundo vetor, ou seja, à relação de causalidade, significa que a invocação da *exceptio* deve ter como fim exclusivo, compelir a contraparte a cumprir a sua prestação, sendo esse o único motivo que legitime o recurso a este meio de defesa, não podendo o excipiente utilizá-lo para fim diverso, pois tal situação traduzir-se-ia numa atuação de má-fé.

Por fim, relativamente à relação de proporcionalidade, pressupõe que o incumprimento da contraparte seja relevante o suficiente para que seja válida a invocação da *exceptio*, sendo aqui exigível uma equivalência ou harmonia entre as respetivas inexecuções, pelo que, a recusa de cumprimento por parte do excipiente deverá ser proporcional ao incumprimento da contraparte que reclama o referido cumprimento, pois só assim se encontra legitimado o exercício do referido instituto, caso contrário, sendo o incumprimento de escassa importância, consubstanciará numa invocação ilegítima da exceção de não cumprimento do contrato. (Menezes Leitão, 2011: 273; Abrantes, 1986: 124-126)

Em suma, tratando-se de um incumprimento pouco relevante, terá por consequência, a redução ou até mesmo a negação do exercício da *exceptio*. Apresentando-se relevante pode o referido meio de defesa ser procedente em termos parciais ou totais de acordo com o caso concretamente aferido. (Abrantes, 1986: 126)

3.4 Principal efeito: a suspensão da exigibilidade da obrigação do excipiente

O principal efeito substantivo da exceção de não cumprimento do contrato traduz-se na “dilação do tempo de cumprimento da obrigação de uma das partes até ao momento do cumprimento da obrigação da outra”. (Abrantes, 1986: 127)

Tendo por base o princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas, o exercício do meio de defesa aqui em análise, pretende suspender a exigibilidade do cumprimento da obrigação do excipiente, subordinando-o ao simultâneo cumprimento da contraprestação, sem que com isso incorra em mora, tratando-se de uma causa justificativa de incumprimento da sua obrigação que legitima a recusa do cumprimento. Assim, ao invocar o referido instituto, o excipiente obsta temporariamente à pretensão da contraparte, que reclama a realização da prestação de que é credor, recusando-se a cumpri-la, enquanto também este não cumprir ou não oferecer o cumprimento simultâneo da sua contraprestação.

Deste modo, não se extingue o direito de crédito da contraparte, apenas fica temporariamente paralisado, uma vez que a *exceptio* não destrói o vínculo contratual, mas antes suspende os seus efeitos. (Abrantes, 1986: 127-128)

Assim, como refere a melhor doutrina, “A exceção mostra-se assim como um meio de defesa que tende para a execução plena do contrato, e não para a sua destruição”. (Abrantes, 1986: 129)

Importa advertir que se ao invocar a *exceptio* aquele contra quem esta é invocada oferecer a sua prestação ou cumpri-la, a outra parte já não pode recorrer ao meio de defesa *in casu*, tendo que cumprir a obrigação que é reclamada pelo credor sob pena de incorrer em mora, que lhe pode ser ou não imputável. (Abrantes, 1986: 130)

Releva ainda um entendimento maioritário, de que a invocação da exceção de não cumprimento do contrato, não leva à interrupção do prazo de prescrição das obrigações

sinalagmáticas, inversamente ao que defendiam certos autores⁽¹⁵⁾, uma vez que a invocação da exceção não implica por si só a reclamação do seu crédito, assumindo o excipiente (demandado) uma posição meramente defensiva e ainda porque a outra parte (demandante) não se encontra paralisado no exercício do seu direito, bastando que cumpra ou ofereça o cumprimento da sua obrigação para que a invocação da *exceptio* já não se afigure válida. (Abrantes, 1986: 130-132; Vaz Serra, 1957b: 90-97; Taveira da Fonseca, 2015a: 249)

Assim, a doutrina dominante vai no sentido exposto, na medida em que (...) “a *exceptio* não deve obstar à prescrição”. (...) “Se qualquer deles tem o direito a recusar a sua prestação enquanto a contraprestação não for feita, isso não o dispensa de valer pela conservação do seu crédito e, portanto, de interromper a prescrição”. (Vaz Serra, 1957b: 91)

Importa fazer uma breve referência a um outro efeito substantivo da *exceptio*, o qual tem aplicação quando a obrigação do excipiente tem por objeto a entrega de coisa determinada, em que se suscitam algumas questões relativas à custódia da coisa, ao seu perecimento ou deterioração, às despesas de conservação, ao destino dos frutos, entre outros, dos quais decorrem direitos e obrigações para o titular da exceção, temática esta que não será aqui aprofundada.⁽¹⁶⁾

3.5 Natureza jurídica

Tendo havido, em tempos, dúvidas quanto à natureza jurídica do instituto em análise, havendo autores a defender que se tratava de uma forma de defesa por impugnação⁽¹⁷⁾, encontra-se na atualidade, perfeitamente aceite pela doutrina, a natureza de verdadeira exceção da *exceptio non adimpleti contractus*, enquanto contra-direito de que o réu se pode valer, permitindo-lhe paralisar o direito do autor, nomeadamente, o direito à prestação. (Abrantes, 1986: 148-151; Calvão da Silva, 1997: 334; Oliveira, 2011: 798)

Se por força do contrato bilateral, cada uma das partes tem direito à prestação que a outra se obrigou, daí resulta que se uma delas pretender o cumprimento do crédito sem efetuar ou oferecer o cumprimento simultâneo da sua própria obrigação, terá a a outra parte

(15) Para maiores desenvolvimentos, v. Vaz Serra, A. (Junho de 1957), pp. 90 - 97.

(16) Para maiores desenvolvimentos v. Vaz Serra, A. (Junho de 1957), pp. 98-107; Abrantes, J. (1986), pp. 133-140; Taveira da Fonseca, A. (2015a), pp. 249-250.

(17) Para maiores desenvolvimentos sobre a problemática, v. Abrantes, J. (1986), pp. 141-148.

a possibilidade de invocar contra aquele, a exceção de não cumprimento do contrato, recusando temporariamente o cumprimento da sua prestação.

Todavia, trata-se de uma mera faculdade cujo exercício fica exclusivamente dependente da vontade do demandado. Este tem um direito subjetivo ao cumprimento simultâneo sendo, todavia, um direito disponível, passível de ser ou não exercido, podendo assim, renunciar a tal faculdade através da não invocação do meio de defesa. (Abrantes, 1986: 148-149)

Não sendo de conhecimento officioso, não pode o juiz substituir-lhe se o demandado entender não alegar a exceção, podendo o réu vir a ser condenado, mesmo sem o cumprimento do autor, uma vez que “não sendo invocada pelo demandado, deixa ao demandante o caminho livre para obter a sua prestação – mesmo sem ter cumprido ou oferecido o seu cumprimento simultâneo.” (Abrantes, 1986: 149)

Depois de determinada como uma verdadeira exceção, é de referir o seu enquadramento na categoria das exceções materiais dilatórias.⁽¹⁸⁾

A doutrina classifica e distingue, entre as exceções, as processuais das materiais, e as peremptórias das dilatórias, distinções estas que não terão aqui desenvolvimento.

É uma exceção material no sentido em que se funda em razões de direito substantivo e não de direito subjetivo ou processual, porquanto se funda no princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas. Traduz-se assim, na invocação de causas impeditivas, modificativas ou extintivas da pretensão do demandante, podendo levar à improcedência definitiva da ação.

Classifica-se ainda de exceção dilatória, distanciando-se assim das exceções peremptórias, por não ser definitiva a recusa do atendimento da pretensão do autor uma vez que a ação pode vir a ser repetida com sucesso ou nem disso ser necessário, caso o juiz decida a condenar *in futurum*, de acordo com o atual art. 610º CPC (anterior art. 662º), consubstanciando assim, uma forma de defesa meramente temporária, sem caráter definitivo.

Note-se que esta qualificação doutrinal (que distingue as exceções peremptórias e dilatórias segundo o critério de ser ou não definitiva a recusa do atendimento da pretensão do autor) nada tem haver com as classificações previstas no art. 576º CPC (antigo art. 493º), uma vez que este preceito tem como critério de distinção o dos efeitos sendo que, na

(18) Para maiores desenvolvimentos sobre as variadas classificações de exceções, v. Abrantes, J.(1986), pp. 152-154; Oliveira, N. (2011), pp. 799-804; Taveira da Fonseca, A. (2015a), pp.256-267.

teoria CPC, a exceção de não cumprimento do contrato apresenta-se como uma exceção peremptória quanto aos efeitos que produz (art. 576º, nº 3 CPC), nomeadamente, por resultarem na absolvição, total ou parcial, do pedido traduzindo-se em factos impeditivos, modificativos ou extintivos do efeito jurídico pretendido pelo autor.

Desta forma, conclui-se que na teoria do art. 576º CPC, o nosso meio de defesa se traduz numa exceção peremptória, quanto aos efeitos que produz; já quanto às classificações doutrinárias, sendo estas as que relevam *in casu* para a determinação da sua natureza jurídica, trata-se de uma exceção material dilatória. (Abrantes, 1986: 151-154)

Importa, ainda, fazer uma breve alusão ao efeito processual da procedência da exceção de não cumprimento do contrato, questionando-se se o contraente que a invoca deverá ser temporariamente absolvido ou definitivamente condenado a realizar a sua prestação contra a simultânea realização da contraprestação.

Entende-se que deverá aplicar-se, por analogia, o art. 610º CPC (antigo art. 662º) pelo que o juiz deve condenar o excipiente à realização da prestação contra o cumprimento simultâneo da contraprestação da outra parte (demandante). (Oliveira, 2011: 804-805; Calvão da Silva, 1997: 335; Abrantes, 1986: 154-155; Vaz Serra, 1957b: 33-36; Taveira da Fonseca, 2015a: 265)

3.6 Fundamento e funções

Não obstante a essencialidade da vontade das partes na formação do contrato, não reside aí o fundamento da exceção de não cumprimento do contrato, mas sim na equidade.

Enquanto expressão da vontade social, a lei pretende que haja o cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas, pois o respeito por esse princípio é exigido pela equidade, boa-fé e pela segurança no comércio jurídico, fazendo depender uma obrigação da outra, estando a execução de uma dependente da execução da outra.

Deste modo, a principal finalidade legalmente tutelada é a execução total do contrato, pelo que enquanto for possível alcançar essa finalidade, caso o incumprimento tenha carácter temporário, poderá ser invocada a exceção de não cumprimento do contrato para que se assegure a reciprocidade e interdependência característica das obrigações sinalagmáticas, na medida em que um contraente só fica adstrito a cumprir a sua obrigação quando o outro também o faça.

Inversamente, se a execução da obrigação de uma das partes vier a ser impossibilitada definitivamente, a contraparte pode assim desvincular-se da obrigação por si assumida por força do contrato.

Sendo criada uma unidade indivisível entre ambas as obrigações emergentes do contrato, a exceção de não cumprimento do contrato vem assim sancionar essa unidade indivisível do contrato visto como um todo.

O dever da execução simultânea legalmente consagrado visa precisamente assegurar o cumprimento total do contrato, necessário nos contratos bilaterais, por deles nascerem simultaneamente obrigações para ambas as partes, mantendo-se estas unidas durante toda a execução do contrato. (Abrantes, 1986:204-207)

Dir-se-á assim, que “cada uma das obrigações é afetada à realização correcta e integral do conjunto da relação contratual”. (Abrantes, 1986: 207)

O fim comum de ambas as partes de um contrato é, precisamente, o seu cumprimento pelo que cada um dos sujeitos contratuais, na sua posição de credor, “deve respeitar esse todo, não devendo reclamar a prestação da contraparte sem que esteja ele próprio disposto a executar a sua. Se o fizer, poder-lhe-á ser oposta a *exceptio* como meio de pressão destinado a compeli-lo à execução simultânea.” (Abrantes, 1986: 208)

Depreende-se assim que, seria de todo injusto “que um contraente fosse obrigado a cumprir quando a outra parte não cumpre ou não oferece a prestação correspondente” (...), pelo que o fundamento da *exceptio* – a equidade – se refere a um “sentimento de Justiça” ao invés de remeter para a definição habitual daquela, enquanto “justiça do caso concreto”, tratando-se então a exceção de não cumprimento, de um “afloramento do princípio da boa fé.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 282-283)

A *exceptio* visa assim proteger a relação contratual no seu todo, visando a execução contratual na íntegra sendo, portanto, este o verdadeiro fundamento da exceção de não cumprimento do contrato. (Abrantes, 1986: 207-209; Taveira da Fonseca, 2015a: 2782; Calvão da Silva, 1997: 330)

Segundo a maioria doutrinária, a *exceptio non adimpleti contractus* exerce uma dupla função: uma função de garantia e uma função coercitiva. (Calvão da Silva, 1997: 336; Taveira da Fonseca, 2015a: 267-274; Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 251-252; Menezes Leitão, 2012: 280)

Quanto à função de garantia, a exceção de não cumprimento do contrato permite ao excipiente garantir-se contra as consequências da inexecução da obrigação recíproca do outro contraente. Quanto à função coercitiva, a *exceptio* traduz-se num meio de pressão

contra o credor que pretende ver o seu crédito executado, para que também este cumpra a sua própria obrigação, de que é credor o excipiente. (Calvão da Silva, 1997: 336)

Contudo, analisando a posição defendida por Januário Gomes resulta que, não obstante a importante função garantística deste instituto no cumprimento das obrigações, “só se poderá falar em garantia, num sentido que ultrapasse o domínio da linguagem comum, sempre que haja um aumento da possibilidade ou probabilidade de satisfação do crédito”. (*apud* Taveira da Fonseca, 2015a: 268)

Na perspetiva do autor, a *exceptio* só adquire tal função no momento da penhora, que permite a satisfação do crédito em causa. (*apud* Taveira da Fonseca, 2015a: 268)

Todavia, apesar de não se tratar de uma garantia real ou pessoal, outras denominações são proferidas, tais como uma garantia especial atípica⁽¹⁹⁾ ou garantia indireta⁽²⁰⁾, enquanto “reforço da garantia geral” exercendo por isso essa mesma função. (Menezes Leitão, 2012: 279)

Uma outra posição defendida, com a qual não se concorda, é a de Maria Lurdes Pereira e Pedro Múrias, na qual “a *exceptio* não visa a tutela do direito de crédito do exercente” (...), não existindo qualquer vestígio de uma função de garantia neste instituto. (*apud* Taveira da Fonseca, 2015a: 272- 273)

Pelo contrário, defende-se que a função de garantia da excepção de não cumprimento encontra-se precisamente no facto de ser atribuído ao excipiente, “um reforço da posição ou segurança acrescida face aos outros credores comuns”. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 572)

O mesmo se verifica de forma mais acentuada, em caso de insolvência⁽²¹⁾ da contraparte, âmbito na qual a referida função se demonstra mais significativa, na medida em que “o reconhecimento da *exceptio* nesta sede põe os credores comuns que a ela possam recorrer numa posição privilegiada em relação aos outros credores comuns, evitando que sofram uma perda patrimonial traduzida na perda da sua prestação.” (Pestana de Vasconcelos, 2010: 574)

Deste modo, a excepção de não cumprimento “(...) constitui um instrumento de tutela, e assim de garantia, de primeira grandeza para os credores que a ela possam recorrer.” (Pestana de Vasconcelos, 2010: 574)

(19) Menezes Leitão, L. (2012), pp. 279.

(20) Romano Martinez, P., & Fuzeta da Ponte, P. (2006), pp. 251.

(21) Para maiores desenvolvimentos sobre o regime insolvencial, v. Pestana de Vasconcelos, L. (2010), pp.573-574.

Em suma, a exceção de não cumprimento do contrato visa, ainda que em menor amplitude, garantir a satisfação do crédito em causa no caso de incumprimento da contraparte, contendo primordialmente como função principal “compelir a contraparte a realizar a contraprestação”, função essa que se designa de coercitiva. (Taveira da Fonseca, 2015a: 273; Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 252; Menezes Leitão, 2012: 280)

Releva ainda referir que a *exceptio* traduz-se ainda num meio de autotutela privada, no sentido em que permite a recusa do cumprimento de uma prestação face ao incumprimento da outra parte, tendo por consequência a exclusão de ilicitude dessa mesma recusa, através da invocação deste instituto. (Taveira da Fonseca, 2015a: 276; Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 254)

Contudo, apenas contém tal característica quando invocado extrajudicialmente, enquanto meio de “compelir a contraparte a cumprir” sem que haja recurso aos tribunais. (Taveira da Fonseca, 2015a: 277)

Neste contexto, encontramos-nos perante um meio de autotutela passiva, na medida em que não se verifica um recurso à força própria para obter a satisfação do seu crédito, mas sim, através da não realização da sua prestação nas condições definidas pelos contraentes. (Taveira da Fonseca, 2015a: 278)

4. O exercício da exceção de não cumprimento pelo arrendatário

4.1 Considerações gerais

Como já foi anteriormente referido, a *exceptio* é aplicável a qualquer contrato bilateral quando as obrigações de ambos os contraentes se encontrem unidas por um nexo sinalagmático e se pretenda a recusa de uma delas face ao incumprimento temporário da outra.

Não obstante, tal ideia foi em tempos posta em causa por parte dos tribunais superiores portugueses, no âmbito do contrato de locação, apesar deste se inserir na categoria dos contratos bilaterais de prestação duradoura.

As decisões jurisprudenciais dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.01.1969 e do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.1983, sustentaram a ideia de que o instituto da exceção de não cumprimento do contrato só poderia ser invocado pelo locador contra o locatário e nunca o contrário, ou seja, nunca o locatário poderia suspender o pagamento da renda estando-lhe, assim, vedado o acesso ao meio de defesa em análise. O

principal argumento que fundamentou tal decisão, ainda que revelador de alguma fragilidade, traduzia-se sinteticamente no facto de que se o inquilino deixa de pagar a renda, ao invocar a *exceptio*, tal levaria ao decretamento do despejo provisório por falta do cumprimento da sua principal obrigação contratual, o que levaria à resolução do contrato não sendo essa a finalidade da excepção de inexecução, mas antes a vigência contratual.

Tese contrária foi a sustentada pelo acórdão do TRL de 6.02.1981, entendendo que o pagamento da renda poderia ser suspenso pelo arrendatário, caso este fosse privado do gozo da coisa por parte do locador, sendo esta a ideia corretamente sustentada. (Abrantes, 1986: 62-65)

Deste modo, é consensual tanto pela doutrina como pela jurisprudência que, na locação ou em qualquer outro contrato bilateral cujas obrigações estejam interligadas por um vínculo sinalagmático, é sempre possível a invocação da *exceptio* por qualquer um dos contraentes, “desde que exista a tal relação de corresponsabilidade entre a prestação que se pretende recusar e aquela cujo incumprimento se invoca como justificativo daquela recusa e desde que se verifiquem os demais requisitos da excepção.” (Abrantes, 1986: 65; Vaz Serra, 1957b: 25; Calvão da Silva, 1997: 332)

Em suma, sempre que haja um incumprimento de uma ou mais obrigações típicas do contrato, ou seja, as do art. 1031º al. a) e b) CC para o locador, ou a do art. 1038º al. a) CC para o locatário, a invocação da *exceptio* é sempre possível. (Abrantes, 1986: 65)

A título meramente exemplificativo do funcionamento da excepção de não cumprimento do contrato quando o locatário incumpra a sua obrigação de pagamento da renda (1038º, al. a) CC) temos o seguinte: “Se, por exemplo, a renda dever ser paga antecipadamente e o locatário não o fizer, pode o locador recusar a entrega da coisa. Se, após a entrega da coisa, o locatário não paga a renda no prazo convencionado, o locador pode recusar-se a garantir o gozo da coisa locada, nomeadamente recusando-se a fazer as reparações necessárias a seu cargo.” (Abrantes, 1986: 66)

4.2 A invocação da excepção de não cumprimento do contrato pelo arrendatário

É de entendimento geral que na locação e, desde logo no arrendamento urbano em particular, as obrigações do locador (art. 1031º, al. a) e b) CC) e do locatário (art. 1038º, al. a) CC) se encontram ligadas por um vínculo de reciprocidade e corresponsabilidade, estando portanto interligadas entre si, pelo que a obrigação do senhorio entregar ao locatário a

coisa locada e de lhe assegurar o gozo da mesma é corresponsável da obrigação do arrendatário, nomeadamente, da obrigação do pagamento da renda.

Como já foi referido, o instituto da excepção de não cumprimento do contrato é admissível no caso de incumprimento de uma destas obrigações, enquanto forma de garantir a execução contratual, legitimando-se assim a recusa do cumprimento da obrigação recíproca daquela que foi incumprida até que venha a ser realizada. Neste sentido, é ainda admitido o recurso a este meio de defesa, quando esteja em causa um incumprimento parcial ou defeituoso, tendo o referido instituto neste caso a designação de *exceptio non rite adimpleti contractus*. (Gravato Morais, 2010: 204-205)

4.2.1 O incumprimento da obrigação de entrega do imóvel e a excepção de não cumprimento

A obrigação de entrega do imóvel consiste na primeira das duas principais obrigações do senhorio, nos termos do art. 1031º CC na medida em que, desta forma, o senhorio dá início “à execução do contrato, desembaraçando-se do vínculo a que por este se obrigou, de proporcionar o gozo da coisa ao arrendatário.” (Pinto Furtado, 2009: 492)

Quando o senhorio não cumprir a sua obrigação de entrega do imóvel ao arrendatário na data estipulada para tal, este último terá a faculdade de suspender o pagamento da renda exercendo, deste modo, o meio de defesa da excepção de não cumprimento do contrato. (Gravato Morais, 2010: 205)

Contudo, torna-se necessário aferir em que se traduz esta obrigação de entrega, nomeadamente, se obrigatoriamente tem de se tratar de uma entrega material ou se valerá também para o efeito, a mera tradição simbólica. Para tal, citamos a melhor doutrina que indica que “valerá como entrega – e portanto como cumprimento do contrato – todo o acto com idoneidade para “pôr à disposição” do arrendatário o gozo da coisa arrendada.” (Pinto Furtado, 2009: 493)

Assim, a obrigação de entrega encontra-se validamente cumprida, quer nos casos em que “o senhorio leva pessoalmente o arrendatário à intimidade da casa arrendada, (...) conferindo-lhe nesse acto as chaves das portas de entrada (tradição material)”, quer através da tradição simbólica, isto é, com “a mera entrega das chaves de acesso” do locado por parte do senhorio ao arrendatário. (Pinto Furtado, 2009: 493)

Neste sentido, é pacífico tanto para a doutrina como para a jurisprudência que o arrendatário não está adstrito ao pagamento da renda enquanto o senhorio não realizar a sua obrigação de entrega do imóvel àquele, podendo para esse efeito, o arrendatário

invocar o referido mecanismo da *exceptio* previsto no art. 428º, nº 1 CC. (Gravato Moraes, 2010: 205)

Caso a obrigação de entrega não seja cumprida pelo senhorio, não ocorrendo deste modo a detenção do imóvel por parte do arrendatário, poderá este último “pedir a condenação do senhorio no cumprimento do contrato art. 817 CC”. (Pinto Furtado, 2009: 497)

4.2.2 O incumprimento da obrigação de assegurar o gozo do imóvel e a exceção de não cumprimento

Enquanto obrigação consequente da obrigação de entrega, surge a obrigação do senhorio assegurar ao arrendatário o gozo do imóvel para os fins a que se destina, conforme prevê a al. b) do art. 1031º CC.

Não havendo uma noção concreta que exprima em que consiste tal obrigação, importa assim indicar que esta contém duas vertentes, nomeadamente: uma vertente essencialmente negativa, traduzindo-se na obrigação de o locador se abster de atos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa (art. 1037º, nº 1 CC), sendo esse o seu principal significado após a entrega do imóvel, bastando a mera abstenção do senhorio da prática de atos que possam perturbar o gozo da coisa pelo arrendatário; a vertente positiva, é assumida apenas em casos particulares, isto é, quando excecionalmente o senhorio deva responder pelas situações que perturbem o gozo da coisa surgindo então, nesse caso, a obrigação de o locador (senhorio) fazer as reparações necessárias e pagar as despesas que se destinem à boa conservação da coisa (art. 1036º CC). (Pinto Furtado, 2009: 34-35)

Importa então aferir em concreto, quais os comportamentos positivos que se encontram imputados ao senhorio para que este cumpra a sua obrigação de assegurar o gozo do imóvel para os fins a que se destina.

Assim, tais comportamentos consubstanciam em despesas que se dividem em duas categorias, nomeadamente: encargos e benfeitorias. (Pinto Furtado, 2009: 499)

O conceito de encargos abrange as “despesas jurídicas ou civis”, ou seja, despesas que se destinam a manter o funcionamento para o qual o imóvel foi arrendado⁽²²⁾, bem como os “encargos tributários” que se traduzem em “obrigações de ordem fiscal”. (Pinto Furtado, 2009: 499-500)

(22) Neste sentido, v. Pinto Furtado, J. H. (2009), pp.500, que exemplifica como despesas de manutenção do prédio: “luz, limpeza das escadas, funcionamento de elevadores, porteiro, etc.”

Ora, estes encargos são, em regra, da responsabilidade do locatário salvo os casos em que seja estipulada cláusula contratual em contrário ou que a lei imponha os mesmos ao arrendatário, conforme dispõe o art. 1030º CC. (Pinto Furtado, 2009: 500)

Por sua vez, as benfeitorias consubstanciam “despesas naturais ou materiais”, determinando a nossa lei civil, no art. 216º, nº 1, que as benfeitorias se traduzem em “todas as despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa”, abrangendo ainda aquele conceito, as designadas “reparações” e “obras” a que se refere o atual art. 1074º CC. (Pinto Furtado, 2009: 501)

Assim, as reparações tratam-se de “obras que se destinam a consertar os estragos produzidos por deteriorações ocorridas, repondo o prédio ou fracção no estado anterior”, enquanto que as designadas obras apresentam um espectro mais alargado, distinguindo-se no art. 2º do RECRIA⁽²³⁾, obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação. Anteriormente, tal distinção encontrava-se já preceituada no art. 11º do RAU. (Pinto Furtado, 2009: 501-502)

Perante o art. 216º, nº3 CC, são distinguidas três tipos de benfeitorias: as “necessárias, que se destinam a evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa; úteis, as que, não sendo indispensáveis para a conservação da coisa, lhe aumentam todavia o valor; e voluptuárias as que, não sendo indispensáveis à conservação da coisa nem lhe aumentando o valor, sirvam apenas para recreio do benfeitorizante”. (Pinto Furtado, 2009: 502)

Deste modo, comparando a distinção operada no nosso Código Civil relativamente à do antigo RAU, é possível aferir que se verifica uma correspondência entre elas, consubstanciando as benfeitorias necessárias nas designadas obras de conservação e as benfeitorias úteis e voluptuárias, nas obras de beneficiação indicadas igualmente nesse diploma legal. (Pinto Furtado, 2009: 502)

No entanto, é usual que os dois conceitos – benfeitorias e obras – sejam utilizados na atualidade como sinónimos, sendo certo que a designação mais frequentemente pronunciada no âmbito arrendatício é o termo “obras”. (Pinto Furtado, 2009: 502)

Quanto à responsabilidade pela realização das obras em imóveis arrendados, importa, primeiramente, distinguir o regime estabelecido para os “novos contratos”, que se

(23) Regime Especial de Participação na Recuperação de Imóveis Arrendados, aprovado pelo Decreto-Lei nº 329-C/2000, de 22 de Dezembro.

encontram regulados pelo CC e pelo NRAU⁽²⁴⁾ e para os contratos anteriores a 28 de Junho de 2006 (“antigos contratos”), que se regulavam pelo RAU.

Quantos aos novos contratos, estipula-se que, em regra, seja imputada ao senhorio a obrigação da realização das obras ou benfeitorias no imóvel arrendado, de forma a cumprir a sua obrigação de proporcionar o gozo do mesmo ao arrendatário. Assim, deverá aquele “assumir todas as despesas de conservação do imóvel, para os fins a que ele se destina (novos arts.1074-1 e 1111-2 CC) e em conformidade com a legislação urbanística aplicável”. (Pinto Furtado, 2009: 503)

Contudo, é atualmente lícita a cláusula contratual que estipule que tal obrigação recaia sobre o arrendatário. Caso nada seja estipulado pelos contraentes, a regra será a de ficar a cargo do senhorio a realização das obras (atual art. 1074º, nº 1 CC), podendo apenas ser o arrendatário a proceder às mesmas se tiver sido devidamente autorizado por escrito para tal pelo senhorio, ou por estipulação contratual, conforme prevê o nº 2 do referido preceito, tendo o arrendatário a faculdade de compensar com a obrigação de pagamento da renda, o crédito de que é devedor o senhorio, relativamente às despesas que o primeiro teve com a realização das obras. (Pinto Furtado, 2009: 503-504; Menezes Cordeiro, 2014: 183)

Quando as obras em causa forem urgentes (art. 1036º, nº1 CC) e não se possam compadecer “com as delongas do procedimento judicial, e que não tenham sido levadas a cabo pelo senhorio em tempo útil”, terá o arrendatário o direito legal a realizá-las, conforme dispõe o art. 1074º, nº3 CC, sem que careça da autorização do senhorio podendo fazê-lo “sem recurso aos meios judiciais e com o direito a reembolso”, nos termos previstos no nº 4 do mesmo art., bem como, será lícita a realização das obras pelo arrendatário, que devido à sua máxima urgência não consintam qualquer dilação (art. 1036º, nº2 CC), mesmo que não haja mora do senhorio nem autorização do mesmo, contanto que o arrendatário o avise em simultâneo, tendo igualmente direito ao reembolso das despesas tidas com as referidas obras, aplicando-se, nestes mesmos casos, os já referidos nºs 3 e 4 do art. 1074º. (Pinto Furtado, 2009: 504)

É igualmente lícita a realização de obras pelo arrendatário, que tenham sido autorizadas por escrito pelo senhorio, sem que as mesmas sejam da responsabilidade deste último, tendo “direito, no final do contrato, a compensação pelas obras licitamente feitas, nos termos aplicáveis às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa fé.” É o que prevê o nº 5 do atual art. 1074º CC. (Pinto Furtado, 2009: 504-505)

(24) Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro, na sua atual redação.

Fora dos casos legalmente previstos, será considerada ilícita a realização de qualquer obra, pois o arrendatário é equiparado em relação a elas “ao possuidor de má fé (art. 1046º, nº1 CC)”.⁽²⁵⁾ (Pinto Furtado, 2009: 505)

No que respeita aos designados “antigos contratos” (anteriores a 28 de Junho de 2006), ao contrário do que acontecia anteriormente⁽²⁶⁾, apenas com a Reforma de 2006 se passou a generalizar a todas as tipologias de arrendamento urbano, a licitude de estipulação de uma cláusula que permitisse ao arrendatário substituir o senhorio no que concerne a certas obras ficando a seu cargo a realização das mesmas, sendo aplicável a estes o mesmo regime legal que é aplicado aos novos contratos, uma vez que se encontram, também aqueles submetidos ao regime do NRAU. (Pinto Furtado, 2009: 505-506)

Em caso de degradação do prédio que se encontre num determinado grau de má conservação que não se deva à atuação do arrendatário, tem este último entre outras hipóteses⁽²⁷⁾ – a que se demonstra relevante para a investigação em causa – proceder à intimação ao senhorio para que realize as obras necessárias. Se aquele não as iniciar num prazo de seis meses ou negar a sua realização poderá também, neste caso, o arrendatário efetuá-las ele próprio desde que cumpra certos requisitos⁽²⁸⁾, sendo também aqui concedido o direito a compensação com o valor das rendas em dívida que se vão vencendo face às despesas que teve com as obras. (Pinto Furtado, 2009: 507-508)

O procedimento neste último caso (degradação do imóvel) permite ao arrendatário a realização lícita das obras necessárias face à inércia do senhorio, bem como o possibilita o exercício das restantes faculdades, sendo este regime aplicável quer aos novos contratos como aos antigos.⁽²⁹⁾ (Pinto Furtado, 2009: 515-516)

Deste modo, durante a vigência do contrato e ainda aquando da sua cessação, verifica-se que entre as obrigações a que o senhorio se encontra adstrito há uma que se encontra “em estreita conexão com a obrigação de assegurar o gozo da coisa”,

(25) Neste sentido, v. Pinto Furtado, J. H. (2009), pp.505, que refere que em relação a obras ilícitamente realizadas, “o arrendatário perderá as próprias benfeitorias voluptuárias, não as podendo levantar nem mesmo que com isso não haja detrimento do prédio ou fracção (art. 1275-2 CC).”

(26) Até à Reforma de 2006, não se encontrava estatuído um preceito legal como o novo art. 1074º, nº1 CC, pelo que seria ilícita a estipulação contratual de uma cláusula que permitisse ao arrendatário substituir-se ao senhorio na obrigação de realização de obras, estando vinculado a essa mesma obrigação, independentemente do tipo de arrendamento urbano, situação que se inalterou com o RAU de 1990. Só posteriormente foi permitida tal convenção entre as partes, mas apenas para os arrendamentos urbanos não habitacionais. Para maiores desenvolvimentos, v. Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 505-507.

(27) Tais requisitos referem-se à comunicação que o arrendatário carece de realizar, quer ao senhorio, quer à comissão arbitral municipal, dando conhecimento da realização das obras.

(28) Para maiores desenvolvimentos, v. Pinto Furtado, J. H. (2009 pp. 507-510).

(29) Para maiores desenvolvimentos sobre a temática em causa, v. Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 515-517.

nomeadamente, a “obrigação de compensação ou indenização”, sendo que tal se insere na hipótese de o arrendatário se substituir licitamente ao senhorio na realização de obras no prédio arrendado.⁽³⁰⁾ (Pinto Furtado, 2009: 514)

Demonstra-se ainda relevante, uma breve referência quanto à problemática existente no nosso ordenamento jurídico no que respeita à necessidade ou não “de proporcionalidade entre a obrigação do senhorio de realizar as prestações de *facere* destinadas a assegurar ao arrendatário o gozo da coisa e a renda paga por este.” (Pinto Furtado, 2009: 512)

Apesar de não haver disposição legal que preveja concretamente a exigibilidade deste requisito, tem vindo a jurisprudência a decidir pacificamente pela necessidade de observância do mesmo.⁽³¹⁾ (Pinto Furtado, 2009: 512-513; Menezes Cordeiro, 2014: 197-199)

Para que o senhorio possa cumprir a obrigação a que se encontra adstrito por lei no que concerne à sua vertente positiva, é necessário, inversamente, que o arrendatário cumpra a sua obrigação de avisar de imediato o senhorio sobre quaisquer vícios do imóvel de que tenha conhecimento, conforme prevê o art. 1038º CC. (Pinto Furtado, 2009: 568)

Todavia, a obrigação de assegurar o gozo do imóvel que impende sobre o locador não abrange os atos de terceiro que perturbem esse mesmo gozo, cabendo a defesa contra esses atos ao próprio locatário (arrendatário) podendo para esse efeito exercer as ações possessórias, nos termos do art. 1037º, nº 2 CC). (Menezes Leitão, 2014: 82-83; Romano Martinez, 2001: 190-191)

Como foi previamente referido, a boa-fé e a proporcionalidade ou equilíbrio entre as prestações são os dois fatores essenciais a ter em conta no que concerne ao funcionamento do mecanismo da exceção de não cumprimento, nomeadamente, para que a sua alegação se demonstre legítima, sendo certo que a sua viabilidade carece de ser aferida caso a caso. (Gravato Morais, 2010: 206)

(30) Para maiores desenvolvimentos quanto à verificação ao nível jurisprudencial da (in)existência de uma atuação lícita pelo arrendatário, v. Menezes Cordeiro, A. (2014), pp. 195-196 (parágrafos 84-87).

(31) Veja-se Pinto Furtado, J. H. (2009), pp. 513 (nota 440) ao apresentar a sua concordância com a referida exigência de proporcionalidade através da exposição da seguinte decisão jurisprudencial de 27.03.2008 do STJ: “Enquadra-se na figura do abuso do direito, prevista no art. 334 CC, o pedido de condenação do senhorio na realização de obras de conservação do locado, quando o valor irrisório da renda não permite ao locador assegurar a manutenção do prédio em estado normal de conservação e os custos anormalmente elevados de reparações de vulto, sem a contrapartida de recuperar, em tempo útil, algum benefício do capital investido nessas ditas obras”. No mesmo sentido, v. Menezes Cordeiro, A. (2014), pp. 197-199.

Deste modo, importa agora o tratamento de algumas questões ligadas ao incumprimento, por parte do senhorio, da obrigação de assegurar ao arrendatário o gozo do imóvel para os fins a que se destina. Mais concretamente, quanto ao funcionamento da *exceptio* invocada pelo arrendatário como forma de reação a essa inexecução, no caso de esse incumprimento ser total ou meramente parcial (*exceptio non rite adimpleti contractus*), sendo necessária uma análise individualizada de cada um deles.

É de salientar que o recurso ao referido meio de defesa previsto no art. 428º, nº1 CC, no caso do incumprimento da obrigação de assegurar o gozo da coisa locada para os fins a que a coisa se destina (art. 1031º, al. b) CC), só é possível se estivermos perante uma privação total ou parcial do gozo do imóvel e se essa mesma privação for imputável ao senhorio.

Acresce ainda que a aferição da legitimidade do exercício da *exceptio* carece sempre de uma análise adequada da situação que deu origem ao incumprimento da obrigação em causa por parte do senhorio, ou seja, do facto concretamente invocado pelo arrendatário que justifica o exercício daquele instituto contra o senhorio. (Gravato Morais, 2010: 207)

Para este incumprimento, é pacífica a possibilidade de o arrendatário invocar a excepção de não cumprimento do contrato, para assim, suspender a realização da sua principal obrigação, nomeadamente, a obrigação do pagamento da renda (art. 1038º, al. a) CC) até que o senhorio execute a obrigação incumprida.

Contudo, o exercício da *exceptio* varia consoante se trate de um incumprimento total ou parcial, não podendo funcionar de igual modo para ambas as situações, uma vez que colocaria em causa as regras da boa-fé e da proporcionalidade anteriormente referidas.

Assim, quando esteja em causa a privação total do gozo do imóvel, não realizando este o fim a que é destinado, ou seja, quando o incumprimento seja de tal forma grave que exclua totalmente o gozo da coisa, é facultada ao arrendatário a possibilidade de invocar o específico mecanismo de tutela do art. 428º, nº1 CC para, assim, suspender na íntegra a correspondente obrigação do pagamento da renda. (Gravato Morais, 2010: 207; Abrantes, 1986: 66; Vaz Serra, 1957b: 25)

A título de exemplo de uma situação concreta de privação total do gozo do imóvel, o acórdão do TRP de 25.10.1994, em que o senhorio intenta uma ação de despejo contra o arrendatário por falta de residência permanente, sendo deste modo, invocada a *exceptio* por parte do arrendatário alegando que se encontrava impossibilitado de habitar no imóvel devido ao destelhar do mesmo pelo senhorio. Vislumbra-se aqui, uma situação de privação

total do gozo do imóvel, imputável ao senhorio, o que permite o exercício da excepção de não cumprimento pelo arrendatário, nos termos do art. 428º, nº 1 CC para, assim, suspender o pagamento das rendas até que o senhorio retelhe a casa, a menos que ainda assim prove a sua inabitabilidade. (*apud* Gravato Morais, 2010: 213)

Diversamente, se estivermos perante uma privação parcial do gozo, o pagamento da renda poderá ser suspenso, mas apenas parcialmente, conforme prevê o art. 1040º CC, no que respeita à redução da renda. (Gravato Morais, 2010: 207; Abrantes, 1986: 66; Vaz Serra, 1957b: 25-26)

Exemplifica-se também aqui, com uma breve síntese do acórdão do TRP de 5.5.2008, em que no âmbito do arrendamento de um prédio destinado ao comércio a retalho e por grosso de pronto-a-vestir, adornos, têxteis, entre outros, o arrendatário deixou de pagar a renda. Como fundamento foi referido que o locado não se encontrava em condições de ser utilizado para o fim a que se destinava, pois começou a padecer de certos vícios, nomeadamente, infiltrações e humidades no teto, tendo sido o senhorio intimado para a realização das obras conducentes à reparação das vicissitudes em causa. Como não foi provado que a atividade comercial em causa tivesse deixado de ser exercida no imóvel ou sofrido uma significativa diminuição devido a esses mesmos vícios, o arrendatário só poderia ter invocado a *exceptio* pela privação parcial do gozo do imóvel, tendo em vista a suspensão parcial das rendas e não a sua totalidade. (*apud* Gravato Morais, 2010: 208)

Não se pode, contudo, deixar de alertar para o facto de que a invocação e o funcionamento deste instituto, no caso de privação parcial do gozo da coisa, gerar um acentuado risco no que respeita à determinação do *quantum* da renda a diminuir, nos termos do art. 1040º CC, que estabelece no seu nº1, que em caso de privação parcial do imóvel pelo arrendatário sem que tal lhe seja imputável, a si ou a familiares, a redução da renda deverá ser proporcional ao tempo da respetiva privação ou diminuição do gozo. Já o nº 2 do referido artigo estipula que essa mesma redução só ocorrerá no caso dessa mesma privação ou diminuição do gozo do imóvel exceder um sexto da duração do contrato.

Assim sendo, é notória a dificuldade sentida pelo arrendatário em conhecer o valor exato da renda a reduzir, tratando-se de uma problemática frequentemente abordada pela jurisprudência.⁽³²⁾ (Gravato Morais, 2010: 208)

(32) Para maiores desenvolvimentos, v. Acórdãos exemplificados em Gravato Morais, F. (2010), pp. 208 (notas de rodapé 292 e 293).

Outra situação essencial a ter em conta, diz respeito à relevância do incumprimento, no sentido em que, tratando-se de uma inexecução que não seja minimamente relevante, não permite a recusa da contraprestação, nem mesmo parcialmente, na medida em que é necessário um equilíbrio entre o incumprimento e a recusa posterior da contraprestação. (Abrantes, 1986: 66)

Veja-se o seguinte exemplo: “Se existirem, por hipótese, pequenas infiltrações de água no locado que não impeçam o gozo do locado, não pode haver lugar à suspensão (sequer parcial) do pagamento da renda. Ao invés, se essas deteriorações não permitem ao arrendatário gozar total e plenamente do prédio, a conclusão é a inversa.” (Gravato Morais, 2010: 207)

Deste modo, verifica-se que o exercício do instituto da exceção de não cumprimento do contrato deverá ser sempre proporcional ao incumprimento concretamente aferido, nomeadamente, no que respeita à sua gravidade. A ideia de justiça inerente a atuação deste meio de defesa, e que importa aqui reter, vai no sentido de que, “a parte da prestação recusada pelo excipiente deve ser proporcional à parte ainda não executada pelo contraente faltoso.” (Abrantes, 1986: 110)

Assim, não pode a parte que vê o seu crédito incumprido, mas apenas parcial ou cumprido defeituosamente, ser impedido de invocar a *exceptio*, como assim, não poderá fazê-lo através da recusa integral da realização da sua prestação, no caso do incumprimento em causa, revestir de pouca significância.

Se a finalidade deste mecanismo é a de possibilitar a execução do contrato na sua totalidade, o excipiente apenas poderá invocar a exceção de não cumprimento se com isso visar essa mesma execução, estando limitado no seu exercício ao estritamente necessário para compelir à realização da prestação incumprida pela contraparte, impondo o princípio da boa-fé, que o excipiente não se aproveite do incumprimento da outra parte, para ele próprio deixar de cumprir a sua prestação. (Abrantes, 1986: 110-111)

Justifica-se assim, através da ideia de justiça e respeito pelo princípio da boa-fé e da proporcionalidade entre prestações que, perante uma inexecução total de uma das partes de um contrato bilateral, poderá também a recusa de prestar da contraparte ser total, e que perante uma inexecução parcial ou uma execução defeituosa⁽³³⁾, a recusa de prestar seja

(33) Se o contraente que está adstrito a cumprir em primeiro lugar, oferecer uma prestação parcial ou defeituosa, a outra parte poderá recusar a realização da sua prestação, até que aquela seja cumprida na íntegra ou até que sejam eliminados os defeitos em causa ou que haja uma substituição da prestação, podendo também na execução defeituosa, a recusa de prestar ser meramente parcial, se o vício ou defeito em causa revestir reduzida importância.

aposta em termos igualmente parciais, sendo obviamente necessário que o incumprimento não seja de escassa importância, pois nesse caso, não haverá sequer lugar à redução da invocação da *exceptio*, aparecendo antes como ilegítima e injustificada. (Abrantes, 1986: 111-115)

Em suma, para se aferir da legitimidade da invocação da exceção de não cumprimento em cada caso concreto, importa ter em conta “a ideia de proporcionalidade ou de adequação entre a violação do seu direito de crédito sofrida pelo excipiente e a resposta por ele desencadeada através da alegação daquela defesa.” (Abrantes, 1986: 114)

4.2.2.1 A problemática inerente ao funcionamento da *exceptio* em sede judicial: a corresponsabilidade entre as prestações

Após uma análise cuidada do regime da exceção de não cumprimento e do seu respetivo funcionamento em caso de incumprimento por parte do senhorio das suas principais obrigações, nomeadamente, as obrigações de entrega do imóvel e de assegurar o gozo do imóvel para os fins a que se destina, nas diferentes hipóteses aferidas (inexecução total, parcial ou execução defeituosa), demonstra-se imperativa uma abordagem quanto ao maior problema ou dificuldade que a aplicabilidade prática deste mecanismo suscita, isto é, quanto à corresponsabilidade entre as prestações em causa, ou seja, se a circunstância que, concretamente, dá lugar à invocação da exceção legítima ou não a recusa do pagamento da renda, total ou parcial.

Da principal obrigação do senhorio de entrega do imóvel surge a obrigação de assegurar o gozo do mesmo para a finalidade a que se destina. Analisando esta segunda obrigação, afere-se que conforme a vicissitude do caso concreto invocada pelo arrendatário para alegar o incumprimento desta mesma obrigação por parte do senhorio, e assim poder exercer a exceção de não cumprimento para recusar a sua contraprestação – o pagamento da renda – mostra-se imprescindível a prova de que a circunstância invocada para recusa do cumprimento daquela (quer se trate da necessidade de realização de obras no imóvel, a falta de licença de utilização do prédio ou a existência de vícios no locado) resulta no incumprimento do senhorio da obrigação por si assumida (proporcionar o gozo da coisa para o fim a que se destina)⁽³⁴⁾ e ainda que, aquela vicissitude se demonstre de tal forma

(34) Seja na vertente negativa da obrigação, de abster-se da prática de atos que inviabilizem o gozo da coisa locada ou na sua vertente positiva, em que o senhorio deva responder pelas situações que perturbem o gozo da coisa, através da realização das reparações necessárias ou do pagamento das despesas que se destinem à boa conservação da coisa.

grave que impeça o seu gozo por parte do arrendatário, total ou parcialmente, pois só assim será legítimo o direito do arrendatário de exercer a *exceptio*.

Consubstanciando, a exceção de não cumprimento do contrato num meio de defesa frequentemente invocado pelo arrendatário contra o senhorio, no âmbito do contrato de arrendamento urbano entre eles celebrado, a doutrina e essencialmente a jurisprudência têm vindo exaustivamente a tratar a questão aqui em estudo, apresentando múltiplas decisões judiciais que retratam a dificuldade da prova aqui problematizada, que por inúmeras vezes leva à improcedência da invocação deste instituto, resultando na resolução do contrato levada a cabo pelo senhorio e conseqüente exigência de despejo do locado pelo arrendatário.

Em torno desta problemática está a questão de aferir em que circunstâncias o não cumprimento de um dever secundário pelo senhorio permite ao arrendatário a recusa do cumprimento da sua principal obrigação de pagamento da renda. (Taveira da Fonseca, 2015a: 129)

Segundo os Tribunais portugueses, a obrigação acessória em causa deve consubstanciar “parte integrante do dever de prestação principal”, para legitimar a invocação da exceção de não cumprimento pelo arrendatário, face à sua principal obrigação. (Taveira da Fonseca, 2015a: 130)

A questão mais frequentemente abordada pela jurisprudência, relaciona-se com o incumprimento por parte do senhorio de realização de obras no imóvel que se encontram legalmente a seu cargo e, sendo este, um dever acessório, em que medida permite ao arrendatário deixar de pagar a renda, invocando a *exceptio*.

Nestes moldes, tem vindo a ser decidido pela jurisprudência “que o arrendatário só pode invocar a exceção de não cumprimento, caso a falta de obras impeça o gozo da coisa locada, porque só a obrigação de proporcionar a outrem o gozo temporário de uma coisa e a obrigação de pagamento da renda constituiriam prestações emergentes de um contrato de locação unidas por um vínculo de sinalgmaticidade.”⁽³⁵⁾ (Taveira da Fonseca, 2015a: 131-132)

Assim, é visível que a exceção de não cumprimento não vigora apenas entre o inexecução dos deveres principais dos contraentes podendo mesmo abranger um dever

(35) Neste sentido, veja-se o seguinte excerto do acórdão do TRC de 18.07.2006, Processo 1878/06, in *www.dgsi.pt*, que determina que “se o locatário paga a renda e o locador não assume a prestação positiva de manutenção do gozo da coisa, pode aquele suspender o pagamento de toda a renda, tratando-se do não cumprimento que exclua totalmente o gozo da coisa, ou de parte da renda sendo a privação parcial.”

acessório, desde que o não cumprimento dessa prestação implique inevitavelmente “o cumprimento defeituoso ou imperfeito da prestação principal ou que algum desses elementos em falta se situe numa relação de reciprocidade com a prestação do excipiente.”⁽³⁶⁾ (Menezes Cordeiro, 2016: 279-280)

Contudo, não é assim tão linear o exercício deste instituto pelo arrendatário perante o incumprimento de um dever acessório, pois “a mora do senhorio em fazer as obras não é razão justificativa para que o arrendatário deixe de pagar as rendas”. Entende-se assim que, “mantendo-se o arrendatário no gozo do arrendado o dever que o senhorio tem de proceder a reparações, não é correspectivo do dever do arrendatário pagar pontualmente as rendas convencionadas, pois à obrigação de pagar a renda contrapõe-se o dever de o senhorio proporcionar ao arrendatário o gozo do arrendado.” (Aragão Seia, 1996: 150-151)

Em suma, quer a doutrina⁽³⁷⁾ quer a jurisprudência⁽³⁸⁾ consideram que consubstancia um requisito essencial para o exercício da excepção de não cumprimento do contrato pelo arrendatário, que a prestação incumprida pelo senhorio – como é exemplo a falta de realização de obras no imóvel – configure um incumprimento que determine a impossibilidade de o arrendatário gozar do locado para os fins a que se destina, privando-o do mesmo, total ou parcialmente. Apenas desta forma se verificará o pressuposto essencial que legitima o exercício da *exceptio*, nomeadamente, a correspectividade ou reciprocidade entre as prestações, podendo o inquilino, desde que provada essa mesma privação do locado, deixar de liquidar as rendas.

Contudo, a dificuldade da prova desta correspectividade entre as prestações é bastante recorrente nos nossos Tribunais, pelo qual são chamados diversas vezes para efeitos de decisão da causa, variando caso a caso.

Deste modo, é possível comparar alguns excertos de dois acórdãos que exemplificam, no âmbito de um contrato de arrendamento, como casos tão semelhantes

(36) Exemplifica-se o citado, com o excerto do sumário do acórdão do TRL de 4.04.2014, Processo 680/2002.L2-6, in *www.dgsi.pt*, segundo o qual se determina: “Para que o inquilino possa invocar a excepção de não cumprimento do contrato quanto à sua obrigação de pagamento de rendas, é necessário que do cumprimento defeituoso por banda do senhorio, tenham resultado danos relevantes que impliquem directamente com o gozo da coisa pelo inquilino, privando-o total ou parcialmente desse gozo.”

(37) Esta posição é partilhada, entre outros, por: Aragão Seia, J. (1996), pp. 150-151; Taveira da Fonseca, A. (2015a), pp. 129-133; Gravato Morais, F. (2010), pp. 206-214; Menezes Cordeiro, A. (2016), pp. 279-281; Menezes Cordeiro, A. (2014), pp. 192-193; Pinto Furtado, J. H. (2011), pp. 1065-1066.

(38) Neste sentido, entre outros exemplos de decisões jurisprudências dos nossos Tribunais Superiores, in *www.dgsi.pt* v., Acórdão do TRL de 26.03.2009, Processo 5983/06.4; Acórdão do TRC de 22.05.2012, Processo 3536/10.1TJCBR-A.C1; Acórdão do TRC de 18.07.2006, Processo 1878/06; Acórdão TRL de 3.04.2014, Processo 680/2002.L2-6; Acórdão TRL de 3.07.2014, Processo 949/10.2TVLSB.L1-8.

podem conter decisões tão diversas, julgando-se num pela improcedência da *exceptio* e no outro pela sua procedência.

Neste sentido, determina o Acórdão do TRL de 26.3.2009, “ (...) quando a não realização das obras pelo senhorio impede ou diminui, em termos absolutos, a utilização pelo inquilino do locado, pode o arrendatário responder-lhe com a suspensão do pagamento, total ou parcial, da correspondente renda.”. Contudo, salienta o presente que “(...) esta indefinição da actividade comercial ali desenvolvida obriga a uma leitura igualmente aberta dos vícios descritos na factualidade acima reproduzida, pois sendo compagináveis múltiplas e muito diversas actividades comerciais naqueles espaços, também os defeitos em causa podem obstar, simplesmente dificultar ou permitir mesmo o gozo mais ou menos pleno e satisfatório dos locados consoante o tipo de negócio ali desenvolvido (...)”.

Decidindo pela ilegitimidade do exercício da excepção de não cumprimento pelo arrendatário, fundamenta o TRL que “ (...) não estando provada pelos Réus tal situação de impossibilidade total do gozo do locado em virtude da não realização das obras reclamadas pela 1ª Ré, não podia estar a invocar a excepção de não cumprimento como justificação para o não pagamento da renda, nos moldes demonstrados nos autos”.⁽³⁹⁾

Decisão diversa proferiu o Acórdão do STJ, de 21.02.2006, determinado como procedente a invocação da *exceptio* no caso concreto, ao entender que “ (...) se o senhorio, na decorrência de um contrato de arrendamento, não propicia, por motivo a si imputável, ao inquilino o gozo da coisa, quer por o locado revelar vício que não permita realizar cabalmente o fim a que é destinado, quer por carecer o mesmo de qualidades por si asseguradas, pode o inquilino, invocando a *exceptio* suspender o pagamento das rendas”. Ora, considerando a factualidade dada como provada, verifica-se que o locado não foi entregue à inquilina por forma a que este cumprisse o fim a que se destinava – estabelecimento comercial aberto ao público, dispondo de cave e rés do chão, quando era do conhecimento da ora recorrente que a aludida cave não estava imune a infiltração das águas das chuvas, não podendo, conseqüentemente, aí exercer a actividade de comércio, já que as referidas infiltrações de água, naturalmente que deterioravam as peças de vestuário aí acondicionadas.”⁽⁴⁰⁾

Da análise dos referidos acórdãos, mais concretamente nos que respeitam à invocação da *exceptio* pela eventual necessidade de realização de obras no imóvel,

(39) Acórdão do TRL, de 26.3.2009, Processo 5983/06.4TVLSB-6, in www.dgsi.pt.

(40) Acórdão do STJ, de 21.02.2006, Processo 05A3593, in www.dgsi.pt.

constata-se que, no que se refere ao acórdão do TRL de 26.3.2009, foi determinada e diga-se, bem determinada, a ilegitimidade da invocação da exceção de não cumprimento do contrato pelo arrendatário para recusar o pagamento da renda pois, não obstante a degradação e a necessidade de obras de que padece o imóvel, nada se provou quanto à conexão entre essa factualidade e a privação do gozo do imóvel pelo arrendatário, na medida em que não se encontra concretamente determinada a atividade comercial cujo exercício o imóvel se destina.

Deste modo, não se afere possível a possibilidade de o arrendatário invocar o meio de defesa previsto no art. 428º, nº 1 CC, pois não se provou que o arrendatário tenha ficado privado do gozo do imóvel não podendo, portanto, suspender o pagamento da renda, nem sequer em termos parciais, na medida em que a realização de obras não constitui uma obrigação recíproca da obrigação de pagamento da renda.

Já no que se refere ao acórdão do STJ de 21.2.2006, havendo um contrato de arrendamento urbano destinado ao exercício de uma atividade comercial, atividade esta que inversamente ao que se verifica do acórdão anterior estava já expressamente determinada no contrato, foi decidido por este tribunal como legítimo o exercício da exceção de não cumprimento pelo arrendatário para justificar a recusa parcial do pagamento da renda, na medida em que o locado sofria de vícios que impediam parcialmente a fruição do mesmo para o fim destinado, nomeadamente, para o comércio de peças de vestuários e outros produtos. Assim, tendo o senhorio conhecimento desses vícios sem que tenha procedido à reparação ou eliminação dos mesmos incumpriu uma das suas obrigações principais (assegurar o gozo do imóvel para os fins a que se destina), o que legitima a recusa parcial do pagamento da renda pelo arrendatário uma vez que esta obrigação e a incumprida pelo senhorio se tratam de obrigações recíprocas e corresponsivas, sendo esse o pressuposto que afere como viável o emprego da *exceptio* pelo arrendatário, na situação do caso concreto.

Face à investigação e à análise jurisprudencial realizada, é possível concluir que se encontra na disponibilidade do arrendatário, o exercício da *exceptio non adimpleti contractus* para se recusar ao pagamento das rendas mediante o incumprimento de uma obrigação acessória imputável ao senhorio (seja a realização de obras necessárias à conservação e reparação do imóvel, seja a obrigação da obtenção de uma licença de utilização ou qualquer outra circunstância), se tal incumprimento afetar ou impedir o cumprimento da sua obrigação principal de assegurar o gozo do imóvel para o fim a que se destina. Todavia, para que esta faculdade possa ser licitamente exercida pelo arrendatário,

nos termos do art. 428º, nº 1 CC, é absolutamente exigível que mediante o incumprimento de qualquer uma dessas obrigações, tenha ficado irremediavelmente comprometido o gozo do imóvel, uma vez que o sinalagma no contrato de arrendamento, se estabelece entre as obrigações típicas desse contrato, nomeadamente, entre a obrigação do senhorio de entregar o imóvel ao arrendatário e de lhe assegurar o respetivo gozo do mesmo e a obrigação do arrendatário de pagar a renda correspondente.

Em suma, verificada a corresponsabilidade entre as prestações em causa face à privação do gozo do imóvel pelo arrendatário consubstanciará num direito do arrendatário, a recusa do pagamento da renda na totalidade se a privação do gozo do imóvel for total, ou parcialmente nos termos do art. 1040º CC, se for também parcial essa mesma privação, contendo o inquilino, neste caso, a designação de arrendatário excipiente.

5. O direito de retenção

5.1 Conceito e generalidades

O direito de retenção traduz-se num instituto legalmente previsto nos art. 754º e ss. do Código Civil, expressando a faculdade conferida a uma das partes de uma relação contratual, de recusar a realização da prestação a que se encontra adstrito de entrega de determinada coisa que se encontra na sua detenção, da qual é credor a contraparte, até que o crédito do qual dispõe sobre o seu credor seja satisfeito. (Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 226)

É também conhecido pela expressão *ius retentionis*, o direito através do qual um contraente mantém em seu poder uma certa coisa que deveria ter já sido entregue à outra parte, retendo essa mesma coisa para si, até que este último, “enquanto beneficiário da entrega” – do qual o primeiro é devedor – efetue a prestação a que se encontra obrigado face ao primeiro, nomeadamente, o designado retentor. (Menezes Cordeiro, 2015: 821)

A nossa lei civil consagra o direito de retenção em duas vertentes: uma vertente geral prevista no art. 754º CC e uma vertente especial, na qual o art. 755º CC apresenta um vasto conjunto de casos específicos abrangidos pelo direito de retenção. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 314)

Este direito é ainda atribuído ao achador da coisa, conforme dispõe o art. 1323º, nº 4 CC. (Menezes Leitão, 2012: 209)

Para que se verifique a existência de um direito de retenção, é então necessário que o caso concreto se enquadre nos termos gerais do art. 754º, preenchendo os requisitos legalmente estipulados, num dos casos especificamente previstos nas al. a) a f) do artigo 755º CC, ou no artigo 1323º, nº 4 CC, se estivermos perante a situação prevista no mesmo. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 315)

Importa referir que o direito de retenção é um instituto igualmente concebido fora do Código Civil, nomeadamente, em legislações avulsas, consagrando casos individuais aos quais são atribuídos este mesmo direito.⁽⁴¹⁾ (Menezes Leitão, 2012: 210)

5.2 Evolução histórica e Direito Comparado

O instituto do direito de retenção – também designado por *ius retentionis* ou *retentio* – surge no Direito Romano, tendo por base a *exceptio doli*, sendo este o termo utilizado na Roma antiga para designar o expediente utilizado pelos juristas mais antigos para auxiliar o devedor de uma prestação, mais concretamente, devedor da obrigação de entrega de uma coisa, de modo a que, sendo demandado para o seu cumprimento, vinha este defender-se, recusando a entrega, com o fundamento do incumprimento da contraparte. Desta forma, o principal escopo da *exceptio doli* era, precisamente, evitar que uma parte tivesse que cumprir a sua prestação face ao incumprimento da contraprestação pela parte que reclama o seu crédito, tendo como ponto de partida as ideias de justiça e de equidade. (Menezes Cordeiro, 2015: 822-823)

Este instituto da retenção era qualificado como uma exceção meramente dilatória, negando-lhe assim a natureza real de que se reveste na atualidade, no nosso ordenamento jurídico, sendo ainda na atualidade negada essa mesma natureza por alguns ordenamentos jurídicos. (Júlio Gomes, 2005: 4)

O surgimento da “*retentio romana*”, remonta ao último século da República, verificando-se que, numa primeira fase, abrangia somente os danos e só posteriormente passou a englobar despesas e benfeitorias. (Rocha, 2010: 574-575)

No Direito romano encontra-se apenas dispersas referências à *retentio*, uma vez que este era um instituto direcionado para casos concretos, razão pela qual o estudo do *ius retentionis* pelos romanistas era bastante reduzido.⁽⁴²⁾ (Rocha, 2010: 575)

(41) O direito de retenção encontra-se ainda previsto, em legislações avulsas, a favor do transportador, do advogado e do agente comercial. Para maiores desenvolvimentos, v. Menezes Leitão, L. (2012), pp. 210.

O direito de retenção foi alvo de diversas alterações ao longo dos séculos até ao momento da sua presente configuração, iniciando-se como um instituto meramente compulsório, com o objetivo de assegurar o contra-crédito do devedor da entrega, sendo-lhe negada qualquer natureza real. Assim, não era possível ao titular deste direito executar a coisa objeto de retenção, nem lhe era atribuído o direito a ser pago com preferência face aos demais credores. (Rocha, 2010: 576)

Deste modo, este instituto apenas lhe facultava a possibilidade “de recusar licitamente – e sem por isso incorrer em responsabilidade civil – a restituição de uma coisa, enquanto o credor da restituição não cumprir, por seu turno, uma obrigação que sobre ele impende.” (Júlio Gomes, 2005: 4-5)

Por sua vez, no período da Alta Idade Média, a *retentio* “caiu em desuso”, voltando a surgir com o renascimento do Direito romano, pelo mérito dos glosadores e comentadores, apesar de ser, por diversas vezes, confundido com outros institutos, mas que se foi fomentando inversamente ao que ocorreu com estes últimos, nomeadamente, com a compensação, as represálias e a *privata pignoratitio*. (Rocha, 2010: 576)

Afirma a doutrina que do século XII ao século XVIII, a retenção foi continuamente confundida com a figura da compensação, até que finalmente, no ano de 1775, estas foram distinguidas. Acresce que, a sua principal evolução ocorreu nos ordenamentos italiano e francês, no âmbito comercial e locatício, respetivamente. (Rocha, 2010: 576-577)

Quanto à discussão da sua natureza jurídica, esta figura é tratada de forma diversa pelos ordenamentos jurídicos que revelam maior proximidade com o nosso Direito, constatando-se que: o direito francês defende maioritariamente que o direito de retenção consiste num direito obrigacional, sendo menor a doutrina que o caracteriza como um direito real; já o direito alemão, defende a sua natureza obrigacional, com um espetro mais alargado, considerando admissível o seu exercício não só no que refere à obrigação de entrega de uma coisa, mas também face a prestações de *facere* e a coisas infungíveis; no que concerne ao direito italiano, não se observa uma posição unitária, sendo atribuída por alguns natureza real, e por outros, natureza obrigacional; por fim, quanto ao direito suíço, assemelhando-se ao direito alemão, é requisito bastante que “o credor esteja de boa fé para reter a coisa, seja propriedade do devedor, seja de terceiro”, que o crédito seja exigível, salvo nos casos em que o devedor se encontre insolvente, podendo aí ser exercido o direito de retenção, independentemente de o crédito se encontrar ou não vencido, e que exista

(42) Neste contexto, é conhecido o exercício do direito de retenção essencialmente nos contratos “de comodato, depósito e a propósito do dote”. v., Rocha, F. (2010), pp. 575.

conexão entre o crédito e a coisa, não podendo este direito ser exercido sobre coisas impenhoráveis. Também neste direito a doutrina oscila para a natureza real do direito de retenção, quando este recaia sobre coisas, sendo-lhe atribuída natureza obrigacional, quando tenha por objeto prestações. Caso não seja dado cumprimento à obrigação ou prestada garantia suficiente, poderá o retentor proceder à execução da coisa, nos mesmos termos do penhor. (Rocha, 2010: 577-580)

Posteriormente, foi evoluindo paulatinamente, no contexto nacional, para um meio de garantia, atribuindo-se então, ao titular da *retentio*, “uma preferência no pagamento sobre o valor do bem.” (Júlio Gomes, 2005: 6)

Com esta significativa alteração, modificaram-se de igual modo os pressupostos do seu exercício passando a poder ser objeto de retenção, somente, coisas alheias e penhoráveis. Note-se que, sem esta evolução ao nível da função exercida pelo instituto em causa, o mesmo deixaria de ter qualquer interesse essencialmente para o seu respetivo titular, pois o facto de ser mero detentor do bem não permite a sua aquisição, razão pela qual, “conduziria a um impasse e a resultados práticos muito insatisfatórios”, na medida em que o retentor não poderia sequer usar a coisa retida, tendo antes que conservá-la e custodiá-la, pelo que se conclui que haveria o risco de a retenção se transformar num fardo para o seu titular. (Júlio Gomes, 2005: 6)

5.3 Campo de aplicação do direito de retenção

5.3.1 A retenção nos termos gerais do art. 754º CC

De acordo com o art. 754º CC, são estipulados genericamente os requisitos concretos a preencher por uma situação abstrata, dos quais se encontra dependente a aplicação do direito de retenção. (Antunes Varela, 2015: 579)

O referido artigo determina que “o devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.”

Assim, são perceptíveis os dois pressupostos alternativos e essenciais cuja verificação de um deles a lei exige, para que certa circunstância seja passível de enquadrar o direito de retenção que se prevê no art. 754º CC, nomeadamente: “que o crédito do recusante sobre o titular da coisa tenha resultado de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados”. (Antunes Varela, 2015: 579)

Verifica-se, então, que o direito de retenção aqui presente consubstancia um instituto de carácter geral, na medida em que é extensível a todos os casos nos quais se preencha um dos referidos requisitos legalmente previstos de “conexão directa e material entre o crédito do detentor e a coisa”. (Galvão Telles, 1974-1987: 14; Pestana de Vasconcelos, 2010: 315)

5.3.2 A retenção nos casos especiais do art. 755º CC

O artigo 755º CC determina os casos especiais de direito de retenção, o qual se estabelece por a “detenção da coisa resultar de uma relação legal ou contratual à qual a lei atribua como garantia esse direito.” (Menezes Leitão, 2012: 212)

Assim, inversamente ao que se verifica no art. 754º CC, no presente art. 755º CC, estamos perante situações de conexão jurídica, na medida em que, as alíneas a) a f) do seu nº 1, concedem direito de retenção, respetivamente: ao transportador, ao albergueiro, ao mandatário, ao gestor de negócios ao depositário e comodatário e ao beneficiário de um contrato-promessa no âmbito do qual foi prestado sinal. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 315-316)

5.3.3 O direito de retenção em casos particulares: breve referência ao contrato de empreitada e ao contrato-promessa

No que refere ao âmbito de aplicação do direito de retenção, apresenta-se controverso o facto de a lei ser omissa quanto à possibilidade de num contrato de empreitada (mobiliária e imobiliária), o empreiteiro gozar do *ius retentionis* quando execute determinada obra e o dono da mesma não paga o preço da empreitada.

Deste modo, a doutrina bem como a jurisprudência têm vindo a debruçar-se sobre a questão, sendo que a posição dominante vai no sentido afirmativo, isto é, de o empreiteiro poder reter a obra enquanto não lhe for efetuado o pagamento da sua execução pelo dono da obra. É então, entendimento comum da maioria da doutrina⁽⁴³⁾ e da jurisprudência⁽⁴⁴⁾

(43) No sentido afirmativo quanto à faculdade de o empreiteiro gozar do direito de retenção da obra, v. Galvão Telles, I., 1974-1987, pp. 22-23; Calvão da Silva, J., 1997, pp. 342-345; Pestana de Vasconcelos, L., 2010, pp. 318-319; Menezes Leitão, L., 2012, pp. 209-210; Salvador da Costa, 1998, pp. 217; Taveira da Fonseca, A., 2015a, pp. 312-313. Em sentido negativo, v. Pires de Lima, F. & Antunes Varela, J., 1987, II, pp. 875-876; Antunes Varela, J., 2015, pp. 580.

(44) Neste sentido, exemplifica-se com o seguinte excerto jurisprudencial que determina o seguinte: “A doutrina e a jurisprudência são actualmente unânimes em reconhecer ao empreiteiro o direito de retenção sobre a obra construída em caso de relapsidão do dono da obra; Enquanto o dono da obra

que, mesmo não estando expressamente prevista tal possibilidade no elenco do art. 755º CC, será legítimo ao empreiteiro reter a obra nos termos genéricos do art. 754º CC, pois não existem dúvidas quanto ao facto de o seu crédito – nomeadamente o pagamento da empreitada – resultar de despesas feitas por causa da coisa, enquadrando-se portanto, no direito de retenção genericamente previsto, sendo válido o seu exercício por força do art. 754º CC.⁽⁴⁵⁾

É defendido assim que “o empreiteiro pode por conseguinte reter a coisa enquanto não lhe for satisfeita a contrapartida pecuniária a que tem jus.”⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ (Galvão Telles, 1974-1987: 21)

Outra questão que tem sido objeto de fortes críticas pela doutrina diz respeito à al. f) do art. 755º, nº 1 CC, a qual determina que goza de direito de retenção o “beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442º.” (Pestana de Vasconcelos, 2010: 319)

Com a atribuição, pelo legislador, da possibilidade de o promitente-adquirente de um contrato-promessa em que tenha havido tradição da coisa, optar por uma indemnização que respeite ao aumento do valor da coisa, em vez do sinal em dobro, pretendeu-se impedir que a parte que prometeu transmitir um direito real sobre a coisa, viesse a beneficiar do seu próprio incumprimento. (Taveira da Fonseca, 2015a: 319)

Contudo, essa atribuição foi realizada num momento político e económico distinto do atual, “em que existia uma elevada inflação, e em que, por essa razão, era frequente os promitentes-alienantes incumprirem o contrato-promessa para transmitirem o bem a um terceiro que lhes oferecesse uma contrapartida superior.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 319)

não pagar o preço da empreitada, goza o empreiteiro do direito de retenção das chaves do prédio, que àquele devia entregar uma vez concluída a obra, visto tal crédito provir de despesas com aquela feitas e não ser justo que outrem se locuplete à custa do empreiteiro que as realizar.”, v. Acórdão do TRL de 4.02.2010, processo 5703/09-6, *in www.dgsi.pt*.

(45) A nossa jurisprudência é igualmente favorável à atribuição do direito de retenção ao empreiteiro, como se verifica do excerto do acórdão do STJ que decidiu que: “enquanto o dono da obra não pagar o preço da empreitada, goza o empreiteiro do direito de retenção das chaves do prédio, que àquele devia entregar uma vez concluída a obra, visto tal crédito provir de despesas com aquela feitas.”, v. Calvão da Silva, J., 1997, pp. 343-344.

(46) Note-se que o empreiteiro só não gozará do direito de retenção “no caso de empreitada mobiliária quando os materiais sejam fornecidos por ele, no todo ou na maior parte. Isto porque em tal caso ele é ou torna-se proprietário dos materiais, assim como da obra depois de concluída.”, v. Galvão Telles, I., 1974-1987, pp. 21-22.

(47) Para maiores desenvolvimentos sobre o direito de retenção do empreiteiro, v. Galvão Telles, I., 1974-1987, pp. 13e ss.; Pestana de Vasconcelos, L., 2010, pp. 316-319.

Atualmente, estas circunstâncias já não se verificam, não justificando, por isso, a atribuição desta garantia real – o direito de retenção – na medida em que essa mesma faculdade coloca em causa a garantia hipotecária por prevalecer face a esta última. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 320)

Deste modo, é predominante a contestação da doutrina⁽⁴⁸⁾ face ao direito de retenção de que goza o promitente-adquirente nos termos da al. f) do art. 755º, nº 1 CC, em ordem à possibilidade de essa mesma previsão legal que tem por vista o benefício daquele poder vir a prejudicá-lo, “na medida em que pode tornar mais difícil a obtenção de crédito para a construção urbana e originar, por esse motivo, o encarecimento dos imóveis.” (Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 778)

Embora a doutrina pugne por uma alteração legislativa que limite o âmbito de aplicação deste instituto⁽⁴⁹⁾, o Tribunal Constitucional já se pronunciou inúmeras vezes “pela não inconstitucionalidade do regime que deriva da aplicação articulada dos arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º, nº 2 da qual resulta a prevalência do direito de retenção do promitente-adquirente sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido anteriormente constituída.”⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾ (Taveira da Fonseca, 2015a: 321-322)

5.4 Pressupostos de aplicação

O direito de retenção previsto nos termos gerais do art. 754º CC e nos casos especiais do art. 755º CC, conjugados com o art. 756º e 757º CC pressupõem o preenchimento de determinados requisitos para que o exercício do instituto em causa seja legítimo. Assim, proceder-se-á de seguida à análise dos pressupostos de aplicação do *ius retentionis*. (Menezes Leitão, 2012: 210)

5.4.1 Suscetibilidade de penhora da coisa retida

Um dos requisitos para o exercício do direito de retenção, conjugando os art. 754º e 756º, al. c) CC, é a necessidade de a coisa retida, cuja entrega o devedor se encontra

(48) Entre a doutrina que maioritariamente critica o direito de retenção previsto no art. 755º, nº 1, al. f) CC, é possível identificar: Pires de Lima, F. & Antunes Varela, J., 1987, pp. 778; Pestana de Vasconcelos, L., 2010, pp. 320-321; Salvador da Costa, 1998, pp. 222-225; Em sentido oposto, v. Menezes Leitão, L., 2012, pp. 209 (nota 557) que afirma o seguinte: “Apenas RIBEIRO DE FARIA, *Obrigações*, I, p. 281, considera correcta a solução legislativa, na medida em que faz prevalecer os interesses do consumidor final sobre os interesses das instituições de crédito.”

(49) Para maiores desenvolvimentos sobre a pretensão da doutrina de limitar a aplicação do direito de retenção, v. Taveira da Fonseca, A., 2015a, pp. 319.

(50) Para maiores desenvolvimentos sobre o direito de retenção atribuído ao promitente-adquirente de um contrato-promessa, v. Taveira da Fonseca, A., 2015a, pp. 317-324;

(51) Neste sentido, v. Acórdão Nº 594/03 da 1ª Secção do TC de 3.12.2003, Processo nº 754/00; Acórdão Nº 356/04 da 2ª Secção do TC de 19.05.2004, Processo nº 606/2003.

adstrito, seja passível de ser penhorada. Este facto deriva do nosso CPC determinar que certas coisas há que, por serem impenhoráveis, não permitem a constituição de um direito de retenção ou de qualquer outra garantia real sobre essa mesma coisa. (Menezes Leitão, 2012: 211)

5.4.2 O titular do direito de retenção simultaneamente credor e devedor

Outro dos pressupostos essenciais, consiste na necessidade de o sujeito que invoca o direito de retenção, ser simultaneamente credor e devedor em relação à outra parte, isto é, “o devedor da entrega da coisa tem de ser credor daquele a quem a restituição é devida”, razão pela qual o titular do direito de retenção terá que ser credor do seu credor. (Taveira da Fonseca, 2015a: 303)

5.4.3 Titularidade de um crédito exigível, líquido ou ilíquido

Um terceiro requisito imposto para o exercício da *retentio* consiste na exigibilidade do crédito de que é titular aquele que invoca o direito de retenção, independentemente de aquele ser líquido ou ilíquido.

Assim, o crédito em causa terá que se encontrar já vencido, seja por interpelação do credor face a obrigações puras, nos termos do art. 805º nº 1 CC, seja por término do prazo de cumprimento estipulado pelas partes.

Contudo, o crédito torna-se imediatamente exigível, podendo ser exercido o direito de retenção pelo titular do mesmo (art. 757º, nº 1 CC), caso se verifique uma das circunstâncias que determinam a perda do benefício do prazo, conforme dispõe o art. 780º CC ou caso se esteja perante uma dívida a prestações, na qual tenha sido incumprida uma delas, importando o vencimento de todas, nos termos do art. 781º CC.

De acordo com o nº 2 do art. 757º CC, o facto de o crédito em causa não se encontrar concretamente determinado não constitui impedimento ao exercício do direito de retenção, pois a eficácia desta garantia não é posta em causa pela iliquidez do crédito, sendo indiferente que este esteja ou não definido em termos exatos. (Menezes Leitão, 2012: 211)

5.4.4 Existência de uma conexão causal entre o crédito e a coisa retida

Outra exigência prevista para o funcionamento do direito de retenção consiste na verificação de uma relação de conexão (*debitum cum re junctum*) entre o crédito e a coisa objeto de retenção, podendo esta ser material ou jurídica.

A conexão será material quando, conforme dispõe o art. 754º CC, o crédito resultar de despesas feitas na coisa ou de danos por ela causados.⁽⁵²⁾ (Menezes Leitão, 2012: 211)

Diversamente, haverá conexão jurídica, conforme sucede nas diversas alíneas do art. 755º, nº1 e no art. 1323º, nº 4 CC, bem como, em determinadas legislações avulsas, quando a conexão entre o crédito e a coisa resultar de uma relação contratual, na medida em que “a obrigação de entrega da coisa e o crédito provirem da mesma relação jurídica.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 314-315)

Importa ainda referir que a retenção em causa terá que ser exercida face a um crédito atual e não anterior, pois só assim se verificará a conexão causal e a licitude da detenção legalmente exigida. Tratando-se de um crédito anterior ao momento em que é efetuada a retenção pelo credor do mesmo, tal exercício será considerado ilícito, traduzindo-se numa situação de esbulho face ao proprietário da coisa.⁽⁵³⁾

Por fim, note-se que a retenção não poderá ser exercida sobre qualquer crédito, mas apenas pelos que integrem as despesas legalmente previstas.⁽⁵⁴⁾

(52) Estamos perante uma conexão material quando “por exemplo, quem efectua benfeitorias numa coisa (cfr.1273º), tem o direito de a reter até ser reembolsado das mesmas. Quem sofre danos em resultado da acção de um animal pertencente a outrem pode retê-lo até ser indemnizado desses danos.”, v. Menezes Leitão, L., 2012, pp. 211.

(53) Veja-se a seguinte decisão jurisprudencial: “O autor A – alegando que o réu B se apoderou do seu veículo automóvel, recusando-se a devolvê-lo, sob o pretexto de o autor não lhe ter pago uma anterior reparação do mesmo veículo (...). Determinou o STJ que “a alegação do recorrente de que actuou na suposição de deter um legítimo direito de retenção é, de todo, inócua e inconsequente (...) o seu crédito diz respeito a uma reparação do veículo anterior à sua actual retenção (...). Inexiste, por isso, a necessária conexão substancial entre a coisa retida e o crédito do autor da retenção.” Assim, concluiu o douto Tribunal que “privando o recorrido de fruir, livre e plenamente, as utilidades do seu automóvel, integra, sem dúvida alguma, a figura do esbulho, que lhe confere o direito não só a ser restituído à posse do veículo, como ainda a ser indemnizado, à custa do recorrente/esbulhador, do prejuízo que haja sofrido em consequência desse esbulho, conforme prevê o artigo 1284º do CC.”, v. Acórdão do STJ de 23.09.2004, processo 04B2093, in *www.dgsi.pt*; No mesmo sentido, v. Acórdão do STJ de 31.01.1956, processo nº 56.384, in *BMJ*, nº 53, Fevereiro/1956.

(54) Conforme determina a jurisprudência, “Não é qualquer crédito que o devedor tenha contra um seu credor que confere o direito de retenção sobre uma coisa móvel ou imóvel, mas apenas, como comanda o artº 754º do C. Civil, quando o seu crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa retida ou pelos danos por ela causados.”, v. Acórdão do STJ de 30.09.2010, processo 341/08.9TCGMR.G1.S2, in *www.dgsi.pt*; No mesmo sentido, v. Acórdão do STJ de 21.05.1998, Revista nº 441-98 – 1ª Secção.

5.4.5 Licitude na aquisição da coisa retida e boa-fé na realização das despesas que originam o crédito

O artigo 756º CC, determina como pressuposto fundamental, que o retentor não atue de má-fé ⁽⁵⁵⁾, quer na aquisição da coisa, quer nas despesas efetuadas nela, pois o direito de retenção será excluído, quando a coisa for adquirida por meios ilícitos, dos quais o retentor tenha conhecimento (al. a)), ou quando forem efetuadas despesas de má-fé na coisa (al. b)), originando a constituição do crédito. (Menezes Leitão, 2012: 212)

5.4.6 Não prestação de caução suficiente pela outra parte

Por último, é pressuposto para o exercício do direito de retenção, que a outra parte não preste caução suficiente, nomeadamente, qualquer das previstas no art. 623º CC.

Dispõe a al. d) do art. 756º CC que, sendo prestada caução suficiente pela outra parte, o direito de retenção cessa por se tratar de “uma garantia provisória” facilmente substituível.⁽⁵⁶⁾ (Menezes Leitão, 2012: 212-213)

5.4.7 Inexistência de cláusula de reserva de propriedade sobre a coisa

O direito de retenção não poderá ser exercido caso o direito de propriedade do bem em causa esteja garantido por uma cláusula de reserva de propriedade devidamente registada, pois uma das faculdades atribuídas ao retentor é da execução da coisa para obter a satisfação do seu crédito através do valor da mesma, o que se verifica impossível face à existência de uma cláusula de reserva de propriedade, na medida em que esta se trata de uma garantia que não permite que o seu adquirente a aliene sem que esteja realizado na íntegra o cumprimento das suas obrigações face ao alienante que reserva para si a propriedade da coisa até à execução total do seu crédito.

Assim, justifica-se que a *retentio* não seja oponível face a um terceiro que tenha sobre a coisa uma cláusula de reserva de propriedade, prevalecendo esta última.⁽⁵⁷⁾

(55) “A má fé é aqui entendida em sentido subjetivo, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor em face da realização da despesa.”, v. Menezes Leitão, L., 2012, pp. 212.

(56) Exemplifica-se assim o exposto com uma conclusão jurisprudencial que determina que “A prestação de caução prevista no citado art. 756º, d) do CC, além de prefigurar um pressuposto negativo do reconhecimento do direito de retenção, configura também forma de extinção de tal direito mesmo já reconhecido judicialmente. A caução é meio idóneo para operar a cessação do referido direito real de garantia, e como tal, o processo especial de prestação de caução constitui meio processual adequado.”, v. Acórdão do TRP de 12.10.2009, processo 237/09.0TBMTS.P1, in *www.dgsi.pt*.

5.5 Regime jurídico

5.5.1 Retenção de coisas móveis

Conforme dispõe o art. 758º CC referente à retenção de coisas móveis, “o respetivo titular goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor pignoratício, salvo pelo que respeita à substituição ou reforço de garantia.”

Significa isto que, à retenção de coisas móveis é aplicável o regime legal previsto para o penhor, pelo que, nos termos do art. 666º CC, o detentor da coisa goza de preferência sobre os demais credores, excepcionando-se os casos em que algum daqueles goze de determinado privilégio mobiliário, circunstância à qual se aplica a regra prevista no art. 750º CC, prevalecendo a garantia primeiramente constituída.

Os direitos e deveres do titular do direito de retenção são igualmente fixados pelo regime do penhor legal, sendo aplicável o disposto nos art. 670º a 673º CC, referente aos direitos e obrigações do credor pignoratício e à percepção dos frutos da coisa retida.

Contudo, não é aplicável ao direito de retenção o fixado no art. 674º CC sobre a venda antecipada da coisa, na medida em que para haver direito de retenção é necessário que o crédito esteja vencido (757º, nº 1 CC).

Não são igualmente de aplicar os art. 676º e 677º CC, quanto à cessão e extinção da garantia, respetivamente, pelo facto de o direito de retenção conter regulamentação própria a versar sobre estas questões, nomeadamente nos art. 760º e 761º CC⁽⁵⁸⁾.

No direito de retenção é também, paralelamente ao que se verifica para o penhor, permitida a execução da coisa retida como se de um bem penhorado se tratasse, sendo-lhe igualmente aplicável o art. 675º CC. Acresce ainda ao direito de retenção, a aplicação do art. 678º CC que remete o penhor legal para as normas do regime da hipoteca dos art. 692º e 694º a 699º CC com as devidas adaptações, excluindo-se do direito de retenção a aplicação da remissão feita para os art. 701º e 702º CC, pois o próprio regime do *ius retentionis* exclui o que refere a primeira norma, e quanto à segunda é também inaplicável *in casu*, na medida em que, o direito de retenção, inversamente ao penhor, não se trata de

(57) A inoponibilidade do direito de retenção face à existência de uma cláusula de reserva de propriedade sobre a coisa, é afirmada pela jurisprudência, que determina que: “Tratando-se de coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros. Nesta conformidade mau grado a reparadora de uma viatura tenha direito de retenção sobre a mesma pelo valor da reparação, certo é que estando o veículo em causa cativo de reserva de propriedade registada a favor do Banco que mutuou determinada importância ao adquirente da mesma que por seu turno contratou com o responsável pela oficina a reparação do veículo tal cláusula prevalece sobre o direito de retenção desta última.”, v. Acórdão do TRC de 1.06.2010, processo 827/06.0TBFIG.C1, in www.dgsi.pt.

(58) As temáticas previstas nos art. 760º e 761º CC, que versam sobre a transmissão e extinção do direito de retenção serão objeto de análise posterior, nos subcapítulos 5.5.4 e 5.5.5, respetivamente.

uma garantia com fonte contratual. (Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 781; Almeida Costa, 1991: 980)

5.5.2 Retenção de coisas imóveis

No que respeita à retenção de imóveis, estipula o art. 759º, nº 1 CC que o titular do direito de retenção, “enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor.”

Nestes termos, o retentor de coisa imóvel é equiparado ao credor hipotecário, quanto aos poderes de execução e preferência face aos restantes credores.

Acresce ainda o nº 2 do referido artigo, que o direito de retenção prevalece em relação a qualquer garantia hipotecária cuja titularidade pertença a outro credor, independentemente de esta ter sido registada em momento anterior.⁽⁵⁹⁾ Contudo, a solução já não será a mesma no caso de haver confronto entre um direito de retenção e um privilégio creditório imobiliário especial, na qual este último prevalecerá sobre aquele, mesmo que o direito de retenção tenha sido constituído anteriormente, conforme regula o art. 751º CC, que determina a ordem de prevalências, não relevando para o caso a que foi primeiramente constituída ou registada, preferindo nomeadamente: em primeiro os privilégios, depois o direito de retenção e, por fim, a hipoteca. (Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 782)

O nº 3 do art. 759º CC determina a aplicabilidade ao direito de retenção de imóveis as regras estabelecidas para o penhor quanto aos seus direitos e obrigações, devido ao retentor ter a posse da coisa retida, inversamente ao que se verifica com o credor hipotecário remetendo, por isso, para as normas dos art. 670º a 673º CC com as devidas adaptações. É também aplicável, tal como para a retenção de coisas móveis, as disposições

(59) Pires de Lima, F. & Antunes Varela, J., 1987, pp. 782, referem que a doutrina não é pacífica quanto à solução que prevê a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada, considerando, contudo, que: “Parece, no entanto, que se justifica melhor a atribuição, ao direito de retenção, do regime estabelecido para os privilégios no artigo 751º, dada a natureza legal e a natureza dos actos que dão lugar aos créditos do detentor da coisa. Normalmente esses créditos derivam de despesas feitas com a coisa, e essas despesas devem ficar integralmente a cargo dos que têm direitos sobre ela, porque todos a aproveitaram delas e não seria justo que se locupletassem à custa de quem as realizou.”

No mesmo sentido vai a jurisprudência, considerando assim que “O legislador considerou o direito de retenção como um direito real de garantia, não sujeito a registo, dotado de eficácia excepcional, ao optar por lhe dar prevalência com eventual prejuízo dos interesses de terceiros, designadamente entidades bancárias, munidos de hipotecas ainda que anteriormente registadas.” Concluindo ainda que, “ponderado o conflito de interesses dos consumidores e das instituições de crédito, não colidindo a solução adoptada no artº 759º, nº 2 com o princípio da legítima confiança ínsito no artº 2º da Constituição”, v. Acórdão do STJ de 12.09.2006, processo 062136, in *www.dgsi.pt*.

dos art. 692º e 694º a 699º CC, por força do art. 678º CC. (Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 782-783)

Apesar de nada ser referido quanto à exclusão “da substituição ou reforço da garantia”, parece ser igualmente “inaplicável, dada a ligação, que não pode deixar de existir, entre a coisa e o direito de a reter. (Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 783)

5.5.3 Publicidade do direito de retenção

No que diz respeito à publicidade do direito de retenção, importa referir que este não se encontra em momento algum sujeito a registo, na medida em que “resulta directamente da lei e não de um negócio jurídico” apesar de produzir da mesma forma efeitos *erga omnes*, pois a sua publicidade encontra-se plenamente assegurada pelo próprio texto legal que admite o expediente em análise e também pelas circunstâncias concretas em que é aplicável, dando acesso a um fácil conhecimento por parte de terceiros. (Almeida Costa, 1991: 981)

Tal entendimento é assente pelo art. 2º do Cód. do Reg. Pred., no sentido em que não prevê o direito de retenção entre os factos sujeitos a registo. (Almeida Costa, 1991: 982)

Contudo, o meio de publicidade do *ius retentionis* é alvo de polémicas doutrinárias, havendo quem defenda que não é assim tão facilmente perceptível a existência de um direito de retenção por não estar sujeito a registo, podendo mesmo vir este a lesar, por exemplo, uma hipoteca legal sobre a qual tem preferência por falta de ato legal que o torne público.⁽⁶⁰⁾ (Pereira de Abreu, 1998: 26)

Alguma doutrina, ainda que minoritária, considera que “o legislador de 1966 estava ciente de que tais perigos resultavam da não sujeição a registo do privilégio concedido (...) e, assim, harmonizando os interesses do retentor com os dos restantes credores, principalmente, os hipotecários (...), o legislador encontrou a forma ideal de o fazer.” Essa forma traduziu-se na exclusão da limitação imposta pelo anterior Código de Seabra, passando a garantir permanentemente a preferência do titular do *ius retentionis* face aos demais credores comuns, conforme dispões o presente art. 759º, nº 1 CC, para assim evitar que os restantes credores se locupletassem injustamente à custa do retentor. (Pereira de Abreu, 1998: 42-43)

(60) Neste sentido, v. Rocha Coelho, M., 2012, pp. 165-172; Pereira de Abreu, C., 1998, pp. 25-27 e pp. 41-45.

Defende o autor que perspectiva da proteção dos interesses dos credores comuns, para que a existência de um direito de retenção sobre uma coisa que esteja onerada com uma hipoteca possa ser conhecido atempadamente, não impedindo o respetivo credor hipotecário de exercer os direitos que lhe são conferidos por lei, nos termos do art. 701º e 725º CC, veio então o nosso legislador estipular que o titular do direito de retenção – face à existência de uma hipoteca sobre a coisa que retém – fica assim vinculado a uma obrigação de publicitação da sua garantia. Para este, a publicitação não podia ser realizada através da sujeição ao registo, na medida em que “tal solução seria inexecutável, dado que a maior parte, se não a totalidade, das situações em que existe direito de retenção são controvertidas, pelo que a existência de tal direito terá de ser judicialmente declarada.” (Pereira de Abreu, 1998: 43)

Então, prossegue o autor na defesa da sua tese que, para que esta dificuldade fosse ultrapassada, veio o legislador impor que o titular do direito de retenção executasse a coisa para assim preferir sobre a hipoteca, pois com essa mesma execução teria que registar a consequente penhora ou o arresto. (Pereira de Abreu, 1998: 44)

Em suma, considera que conjugando os nºs 1 e 2 do art. 759º CC, o legislador teve em conta a conjugação de interesses ao pretender, através da referida norma, estipular que “ou o titular do direito de retenção toma a iniciativa de executar o imóvel, e, neste caso, goza de preferência sobre o credor hipotecário (ainda que este tenha registado o seu direito anteriormente), ou não o faz, passando, em tal hipótese, face a este a não ter qualquer “privilégio”.” (Pereira de Abreu, 1998: 55)

Contudo, tal entendimento não é perfilhado pela doutrina dominante⁽⁶¹⁾, que nada refere quanto à execução da coisa para efeitos de publicidade, considerando que o direito de retenção não se encontra sujeito a registo, sendo a própria detenção da coisa a publicitar o seu direito, sendo que tal é assegurado pelo próprio texto legal que o admite em certas circunstâncias. Também a jurisprudência se pronuncia neste sentido, vindo o Acórdão do STJ de 13.01.2000 concluir que “A publicitação do direito de retenção nada tem que ver com a execução da coisa retida, mas sim com a detenção/tradição da coisa. É precisamente o facto de o retentor deter a coisa em seu poder, a manter, não a restituir, “possui-la” no sentido impróprio do termo, que confere a publicidade essencial ao seu direito.”⁽⁶²⁾

(61) Neste sentido, v. Almeida Costa, M., 1991, pp. 981-982; Salvador da Costa, 1998, pp. 217; Pires de Lima, F. & Antunes Varela, J., 1987, pp. 774; Taveira da Fonseca, A., 2015a, pp. 368.

(62) Acórdão do STJ de 13.01.2000, Agravo nº 1048/99 – 2ª Secção.

5.5.4 Transmissão do direito de retenção

No que respeita à transmissão do direito de retenção, o art. 760º CC determina que o *ius retentionis* não é transmissível sem o crédito que garante, isto é, só poderá haver transmissão do direito de retenção se o crédito que este garante for igualmente transmitido, sendo aquela transmissão uma decorrência desta última. Tal justifica-se pela *ratio legis* desta norma que se traduz no “facto de o direito de retenção derivar da lei, em atenção à natureza do crédito que deve ser garantido, ou seja, por virtude da particular conexão entre a coisa retida e o crédito por ela garantido.” (Salvador da Costa, 1998: 231)

Assim, afere-se que se o direito de retenção fosse transmissível sem o crédito que garante, a conexão existente entre a coisa e o crédito deixaria de existir. Acresce, ainda, que a intransmissibilidade em causa se legitimaria pelo simples facto de o direito de retenção ter natureza acessória face ao crédito. (Menezes Leitão, 2012: 213)

5.5.5 Extinção do direito de retenção

Dispõe o art. 761º CC que a extinção do direito de retenção pode derivar de qualquer uma das “causas por que cessa o direito de hipoteca, e ainda pela entrega da coisa.”

Assim, a primeira parte do art. 761º remete para o art. 730º CC, estipulando como causas de extinção da hipoteca e igualmente do direito de retenção por força da respetiva remissão: a extinção da obrigação a que servia de garantia o *ius retentionis* (al. a)); a prescrição a favor de terceiro adquirente da coisa imóvel objeto de retenção, após vinte e cinco anos sobre a ocorrência do registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação (al. b)); o perecimento da coisa retida, sem prejuízo do disposto nos art. 692º e 701º CC, relativamente à “preferência de pagamento sobre o valor da indemnização e do direito à substituição ou ao reforço da garantia” (al. c)); e, por último, a renúncia do credor, na medida em que manifeste a sua vontade de perder voluntariamente o referido direito (al. d)). (Salvador da Costa, 1998: 231-232)

A última parte do art. 761º CC, referindo como causa de extinção da *retentio* a entrega da coisa, suscita a questão de saber se tal entrega terá que ser necessariamente voluntária ou se poderá ser involuntária.

Esta questão revela-se controversa pela doutrina⁽⁶³⁾, havendo quem defenda que poderá também ser involuntária, contudo, a posição dominante é a que defende que o direito de retenção apenas se extingue pela entrega da coisa, se esta for voluntária, na medida em que funcionará “como renúncia tácita ao direito.”⁽⁶⁴⁾ (Pires de Lima & Antunes Varela, 1987: 784)

Outra circunstância entendida como causa de extinção do direito de retenção, apesar de não ser feita menção expressa na lei, é a extinção por confusão, isto é, o direito de retenção extingue-se devido à aquisição pelo retentor da coisa sobre o qual exercia a respetiva retenção. (Menezes Leitão, 2012: 214)

Por fim, surge a problemática referente à possibilidade de a venda executiva da coisa pelo retentor permitir a subsistência do direito de retenção, ou, inversamente, este direito caducar com a respetiva execução.

A doutrina de Pires de Lima e Antunes Varela, bem como, a maioria da jurisprudência⁽⁶⁵⁾ entende e bem, num parecer de carácter pessoal, que o direito de retenção cessa com a venda executiva, pois tendo natureza de direito real de garantia, caduca como qualquer outro que tenha essa mesma essência. (*apud* Menezes Leitão, 2012: 214)

O fundamento para tal defesa insere-se no entendimento de “que a exceção prevista na parte final do art. 824º relativamente aos direitos que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo não se refere a direitos reais de garantia.” (Menezes Leitão, 2012: 214)

Em sentido oposto, defende Menezes Cordeiro que a parte final do referido art. 824º CC abrange os direitos reais de garantia, nos termos legalmente previstos naquela norma considerando, assim, que o direito de retenção sobrevive à venda executiva.

(63) Quanto à extinção do direito de retenção por entrega da coisa, há quem defenda como causa de extinção a entrega da coisa, independentemente de ser uma entrega voluntária ou involuntária. Neste sentido, v. Menezes Leitão, L., 2012, pp. 213-214; Em sentido oposto, a doutrina defende maioritariamente que a entrega em causa apenas poderá ser voluntária. Neste sentido, v. Pires de Lima, F. & Antunes Varela, J., 1987, pp. 784; Salvador da Costa, 1998, pp. 231; Almeida Costa, M., 1991, pp. 983.

(64) É, contudo, unânime que: “Contra qualquer acto de esbulho pode o credor usar das acções destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono, nos termos da alínea a) do artigo 670º, aplicável por força dos artigos 758º e 759º, nº 3. Recuperada a coisa, passa o credor, de novo, a exercer o direito de retenção.” v. *apud* Pires de Lima, F. & Antunes Varela, J., 1987, pp. 784.

(65) Neste sentido, afirma a jurisprudência que “Na verdade, como qualquer outro direito de garantia, o direito de retenção caduca com a venda executiva (...), transferindo-se para o produto da venda (...)”, v. Acórdão do STJ de 13.09.2007, processo 07B2256, *in* www.dgsi.pt. Do mesmo modo, v. Acórdão do STJ de 25.11.1999, Agravo nº 800/99 – 7ª Secção.

5.5.6 Retenção de coisa de terceiro que não o devedor do crédito

Questão com a qual se debate a doutrina e a jurisprudência, relaciona-se com a retenção de coisa propriedade de um terceiro que não corresponde ao devedor do crédito do retentor.

Afirma-se que a posição majoritária no nosso ordenamento jurídico, vai no sentido positivo da questão em causa, considerando poder ser retida coisa de terceiro que não seja o devedor, com os quatro seguintes argumentos: primeiramente, os art. 754º e 755º CC, que referem o âmbito de aplicação do direito de retenção, não fazem qualquer distinção entre coisa pertencente ao devedor e coisa de terceiro; em segundo lugar, o retentor, enquanto credor, pode não ter conhecimento se a coisa é propriedade do devedor ou não, pelo que restringindo o exercício do *ius retentionis* por esse motivo, a garantia em causa seria radicalmente diminuída, assim como aconteceria em relação à autotutela do retentor; de seguida, afere-se que os artigos 758º e 759º, nº 3 CC apenas fazem remissão para o regime jurídico do penhor, quanto aos direitos e obrigações, não fazendo tal remissão para a previsão legal do art. 667º, nº 1 CC, que estipula a legitimidade do exercício do penhor, pelo que se comprova a inaplicabilidade desta mesma norma ao direito de retenção; por último, considera-se que, se não fosse possível reter coisas de terceiro que não o devedor, a garantia em causa seria diminuta, na medida em que, o devedor enquanto proprietário da coisa objeto de retenção, poderia facilmente alienar a coisa a terceiro e, posteriormente, voltar à sua titularidade, defraudando assim a segurança no tráfego jurídico e impedindo o justo exercício do instituto do direito de retenção. (Rocha, 2010: 627-628)

Deste modo, face às considerações analisadas, conclui-se pela válida possibilidade de retenção de coisa de terceiro que não corresponda ao devedor do crédito do credor-retentor. (Rocha, 2010: 629)

5.5.7 Retenção sobre coisa própria

Outra questão merecedora de um breve reparo é a possibilidade de exercer o direito de retenção sobre coisa própria.

Não obstante a pouca discussão nesta matéria, importar referir que o nosso ordenamento jurídico não considera admissível tal circunstância, com o fundamento de o direito de retenção consubstanciar um direito real menor, pelo que não seria lógico constituir sobre uma coisa um direito real menor na qual já possui o titular, um direito real maior, como a propriedade sobre aquela mesma coisa. (Rocha, 2010: 630)

Menezes Leitão foi o pioneiro no nosso país, a colocar a hipótese de se poder constituir um direito real menor – nomeadamente, um direito de retenção – por alguém que já tem, sobre a mesma coisa, um direito real maior. (Rocha, 2010: 631)

Contudo, nega-se a posição pugnada pelo autor, face à desnecessidade jurídica desta formulação, o que vem a ser confirmado pelo disposto no art. 1306º, nº 1 CC, que determina o princípio da tipicidade dos direitos reais, o qual certifica a posição do nosso ordenamento jurídico de que no sistema jurídico português, somente podem ser constituídos direitos reais menores sobre coisa alheia e nunca sobre coisa própria.⁽⁶⁶⁾ (Rocha, 2010: 632-633)

O mesmo se diga de outras garantias como a hipoteca ou o penhor cuja constituição das mesmas sobre uma coisa da qual se é proprietário não é admissível. (Rocha, 2010: 636)

Diversa é a situação, na qual o retentor de uma coisa alheia venha a adquirir essa mesma coisa e a tornar-se proprietário dela. Neste sentido, poderá ser vantajosa a manutenção do direito de retenção sobre ela, constituído antes da aquisição da propriedade, pois no caso de se ver confrontado com uma hipoteca registada anteriormente ou com um outro direito de retenção aquele prevalecerá, havendo então justificado interesse em manter o direito real menor sobre a coisa cuja propriedade já adquiriu. (Rocha, 2010: 636-637)

5.5.8 O exercício do direito de retenção quando o credor da entrega e o proprietário da coisa são sujeitos diferentes

No âmbito do direito de retenção questiona-se a legitimidade do seu exercício quando a pessoa que procedeu à entrega da coisa ao titular deste direito não é a real proprietária dessa coisa.⁽⁶⁷⁾

Analisando a melhor doutrina sobre a problemática em questão, afere-se que será validamente exercido o *ius retentionis* contra o verdadeiro proprietário, mesmo que tenha sido um terceiro a entregar a coisa que não lhe pertencia sem o conhecimento do

(66) Corroborando tal posição, esclarece-se que “O admitir-se retenção sobre coisa própria significaria que estamos tão-somente a considerar este direito como meio compulsório ao cumprimento, postergando qualquer função de garantia que possa ter. A coisa objeto da retenção, a ser própria, não poderia ser nomeada à penhora, uma vez que a propriedade é uma garantia (e um direito) mais forte do que a própria penhora” (...) “não se podendo a retenção também constituir sobre coisa própria na medida em que é um direito real menor.”, Acrescenta-se que “A coisa própria não será portanto penhorável, logo não se pode fazer o credor pagar por ela”. v. Rocha, F., 2010, pp. 639-640.

(67) “Um exemplo, onde melhor se visualiza o caso proposto, seria o célebre caso do motorista que leva o carro do patrão à oficina, sem conhecimento deste e no momento do acerto da obrigação, após realizados os reparos no carro, o real proprietário diz que não autorizou o conserto e por consequência não irá realizar o pagamento.”, v. Carvalho Júnior, A., 2013, pp. 12.

proprietário, desde que se verifique o pressuposto essencial deste direito, nomeadamente, a posse de boa-fé, isto é, que o detentor desconhecesse que aquele que lhe entregou a coisa não era o real proprietário da mesma. (Carvalho Júnior, 2013: 12-14)

Por conseguinte, se o titular do direito de retenção, por exemplo “a obteve de boa-fé e de boa-fé realizou as despesas necessárias à coisa, inclusive à sua conservação”, pode este último exercer o direito de retenção contra o proprietário. (Carvalho Júnior, 2013: 13)

Releva ainda, para que dúvidas não existam quanto a esta possibilidade, o facto de o direito de retenção se tratar de um direito real de garantia sendo, por isso, “oponível *erga omnes*.” (*apud* Carvalho Júnior, 2013: 13)

Assim, parece que a admissibilidade do exercício de retenção nestas circunstâncias demonstra ser a solução mais adequada, na medida em que se numa perspectiva não parece justo que se possa reter uma coisa que pertence a alguém, que desconhece a detenção da mesma por aquele que pretende exercer o *ius retentionis*, por outra, não seria equitativo que aquele que realizou benfeitorias na coisa – nomeadamente, o titular do direito de retenção – ficasse prejudicado por não poder exigir o seu crédito, pois “a despesa se fez com a coisa, nela se incorporou” pelo que “seja quem for o proprietário da coisa, aproveita com a despesa feita.” (*apud* Carvalho Júnior, 2013: 12-13)

Conclui-se, assim, que enquanto direito oponível a todos e para que não haja enriquecimento do proprietário à custa das despesas que o detentor da coisa efetuou de boa-fé naquela, será de acolher a doutrina defendida no sentido de ser legítimo exercer o direito de retenção sobre uma coisa contra o seu real proprietário, quando este último não seja a pessoa que efetuou a referida entrega ao detentor.

5.5.9 Direito de retenção e embargos de terceiro

Uma das questões que importa analisar, refere-se à possibilidade de o titular de um direito de retenção poderá munir-se com o meio de defesa dos embargos de terceiro, perante a detenção de uma coisa (em regra, imóvel) que foi objeto de penhora.⁽⁶⁸⁾ (Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 231)

É assim determinado pela doutrina e pela jurisprudência que o instituto do *ius retentionis* “não colide com a penhora decretada na execução, não obstando ou impedindo a mesma, e isso porque o direito de retenção é um direito real de garantia e não um direito real de gozo (o credor não pode alienar o objecto), sendo que a finalidade de tal direito é a

(68) Face à breve referência a que se procede na presente análise, indica-se que, para maiores desenvolvimentos sobre o tema, v. Rocha Coelho, M., 2012, pp. 174-176.

realização, pelo titular, de certo valor pecuniário à custa da coisa sobre o que incide.” (Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 231-232)

Deste modo, não lhe é possível deduzir embargos de terceiro na execução da penhora, com o fundamento de ter sido prejudicada a sua posse sobre a coisa, na medida em que não é possuidor mas sim mero detentor da mesma, salvo raras exceções⁽⁶⁹⁾, independentemente de aquela ter sido requerida por um credor hipotecário ou titular de outro direito real de garantia sobre a coisa, ou mesmo por um credor comum. Apenas poderá na respetiva execução, “acorrer ao chamamento da convocação de credores e verificação de créditos (...) para aí fazer valer o seu direito.” (Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 232)

5.5.10 Retenção em caso de insolvência

No caso de o proprietário da coisa retida se declarar insolvente terá o retentor daquela que proceder à sua entrega ao administrador de insolvência, na medida em que a coisa retida é parte integrante da massa sendo, por esse motivo, apreendida pelo administrador nos termos dos art. 46º, nº 1, 149º e 150º CIRE. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 326-327)

Contudo, o seu direito de retenção, enquanto garantia real, não se extingue com a insolvência do dono da coisa retida, contudo apenas poderá, tal como se constata no caso de penhora da coisa, reclamar o seu crédito num processo de insolvência. Acresce que, nos termos do art. 140º, nº 2 CIRE, a graduação de créditos é especial quando recaiam sobre a coisa, “direitos reais de garantia e privilégios creditórios gerais”, sendo aplicáveis ao concurso de credores, nestas circunstâncias, “as regras do penhor e da hipoteca, conforme se trate de bens móveis ou imóveis (arts. 758º e 759º), excepcionando-se a circunstância da sua prevalência sobre as hipotecas anteriormente constituídas por força do art. 759º, nº 2.” (Pestana de Vasconcelos, 2010: 327)

Deste modo, logo que a coisa anteriormente retida seja liquidada, bem como as respetivas despesas, procede-se então ao pagamento dos respetivos credores conforme a prioridade das suas garantias. (Pestana de Vasconcelos, 2010: 327)

Assim, afere-se que em caso de processo de insolvência e respetiva apreensão de bens, o *ius retentionis* apenas confere ao seu titular uma garantia para efeitos de graduação

(69) Ressalve-se que em determinadas situações, admite-se excecionalmente a existência de posse por parte do promitente-comprador, se verificados certos requisitos (pagamento do preço e entrega da coisa), podendo já, nesse caso, deduzir embargos de terceiro. Para maiores desenvolvimentos sobre esta exceção, v. Romano Martinez, P. & Fuzeta da Ponte, P., 2006, pp. 233.

de créditos no âmbito do concurso de credores, não lhe permitindo essa mesma garantia real, a recusa de entrega do bem. (Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 234)

5.6 Natureza jurídica

Importa para a análise do instituto do direito de retenção determinar a sua natureza jurídica no nosso ordenamento jurídico qualificando-se, então, como um direito real de garantia ou garantia real.⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾ (Pestana de Vasconcelos, 2010: 314; Carvalho Júnior, 2013: 9; Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 226; Santos Justo, 2012: 492; Taveira da Fonseca, 2015a: 285-286; Rocha, 2010: 582-590)

Traduz-se num direito real⁽⁷²⁾ na medida em que se trata de “um direito subjetivo propriamente dito a que corresponde a obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção.” (*apud* Santos Justo, 2012: 13)

Assim, o titular de um direito real, como é exemplo o retentor, tem um poder que exerce de forma direta e imediata sobre a coisa que retém, sem a interferência de qualquer terceiro, encontrando-se este último adstrito a um comportamento negativo, nomeadamente, de abstenção na ingerência do exercício do direito real pelo seu respetivo titular. (Santos Justo, 2012: 14)

Os direitos reais possuem características⁽⁷³⁾ que os distinguem dos demais, essencialmente pela tutela forte que estas lhes conferem, facultando certos mecanismos de proteção dos créditos⁽⁷⁴⁾ passando-se, assim, a enunciar como características principais: a eficácia absoluta, isto é, um direito real goza de eficácia ou oponibilidade *erga omnes*; a sequela ou direito de seguimento, consubstanciando o facto de o direito real seguir a coisa sobre a qual recai; a prevalência, também designada como direito de preferência, através da qual um direito real goza de prioridade face a outros direitos (de crédito ou direitos reais

(70) Para maiores desenvolvimentos sobre a natureza jurídica do direito de retenção enquanto direito real de garantia, v. Rocha, F., 2010, pp. 582 e ss.

(71) No mesmo sentido, determina a jurisprudência que “O direito de retenção é um direito real de garantia, uma das garantias especiais das obrigações e, como tal, vale *erga omnes* e confere direito de sequela ao credor garantido com tal crédito.”, v. Acórdão do STJ de 13.04.2000, Revista nº 254/00 – 7ª Secção.

(72) O direito real define-se “como o poder directo e imediato sobre uma coisa que a ordem jurídica atribui a uma pessoa para satisfazer interesses jurídico-privados nos termos e limites legalmente fixados.”, v. Santos Justo, A., 2012, pp. 13 e ss.

(73) Para maiores desenvolvimentos no que respeita ao conjunto de características dos direitos reais, v. Santos Justo, A., 2012, pp. 17-27.

(74) Os mecanismos de que dispõem os direitos reais, conferindo-lhes uma tutela especialmente forte, são a venda com reserva de propriedade e o *leasing*. Para maiores desenvolvimentos sobre tais mecanismos, v. Santos Justo, A., 2012, pp. 26-27.

constituídos posteriormente àquele), salvo nas exceções legalmente previstas⁽⁷⁵⁾ e, por último, a inerência que consiste na conexão entre o direito e a coisa sobre qual é exercido, motivo pela qual não será possível manter o direito real se a coisa objeto desse direito mudar, pois os direitos reais não são suscetíveis de serem transferidos de uma coisa para outra. (Santos Justo, 2012: 17-24)

Entre as modalidades dos direitos reais, o direito de retenção enquadra-se nos direitos reais de garantia, na medida em que estes “conferem ao credor o poder ou faculdade de se pagar pelo valor (ou rendimentos) de certos bens, com preferência sobre os demais credores.” (Santos Justo, 2012: 46)

Assim, afere-se que o direito de retenção reveste a natureza de uma garantia real, pois, além de conter as características já mencionadas – típicas de um direito real – permite ainda, ao seu titular, a satisfação dos seus créditos de modo preferencial em relação aos restantes credores, ao equipará-lo “ao credor pignoratício (coisa móvel e imóvel) e, na faculdade de executar a coisa imóvel, ao credor hipotecário.” (Santos Justo, 2012: 492)

5.7 Fundamento e funções

Importa agora analisar o fundamento imediato e mediato do direito de retenção, bem como as funções deste instituto.

Quanto ao fundamento imediato do *ius retentionis* determina a doutrina que, este assenta na conexão que se estabelece entre os créditos reciprocamente constituídos, seja esta material ou jurídica, fundamentando-se também na equidade, na medida em que “a razão de ser prática do direito de retenção está na consideração de que é equitativo reconhecer ao detentor de uma coisa o direito de a reter enquanto a outra parte não cumprir a obrigação em que se constitui para com o detentor por causa da mesma coisa.” (*apud* Taveira da Fonseca, 2015a: 392)

Deste modo, o direito de retenção “constitui a concretização de uma ideia de Justiça”, sendo por tal atribuído ao devedor, enquanto parte mais débil, por se considerar injusto que este tenha que cumprir a obrigação a que se encontra adstrito – nomeadamente, de entrega da coisa que detém – sem que a outra parte cumpra a sua recíproca obrigação. (Taveira da Fonseca, 2015a: 392-393)

(75) Para maiores desenvolvimentos quanto às exceções relativas à característica da prevalência, v. Santos Justo, A., 2012, pp. 23-24.

No que diz respeito ao fundamento mediato ou último do instituto em análise, entende-se que este assenta no princípio da boa-fé, devendo as partes atuar de forma honesta no que respeita ao cumprimento das obrigações a que se encontram vinculados, sendo lícita a recusa do cumprimento da prestação de que é devedor uma das partes face à outra parte, enquanto esta última não satisfizer igualmente o crédito conexo de que é devedor e do qual o primeiro é titular. (Taveira da Fonseca, 2015a: 393-394)

Quanto às funções exercidas pelo *ius retentionis*, este apresenta uma dupla função, mais concretamente, uma função de garantia e uma função compulsória ou coercitiva. (Taveira da Fonseca, 2015a: 389-391)

A função de garantia exercida por este instituto não deixa margem para qualquer dúvida, na medida em que a sua própria natureza o qualifica como um direito real de garantia. Por essa razão, “o seu titular tem direito a ser pago com preferência pelo valor da coisa em relação aos credores comuns do devedor”, apresentando-se como uma garantia acrescida quando recai sobre coisas imóveis, preferindo a uma hipoteca previamente constituída, conforme exprime a norma do art. 759º, nº 2 CC. (Taveira da Fonseca, 2015a: 390)

Quanto à sua função compulsória ou coercitiva, o direito de retenção faculta através dela, ao seu titular, a possibilidade de pressionar o devedor a cumprir o crédito conexo que tem para com este. Esta mesma função possibilita que o valor da coisa retida seja superior ao valor do crédito devido, sem que haja retenção ilícita com a violação dos princípios da proporcionalidade e da boa-fé, pois essa ilicitude apenas se verifica em casos excecionais, com a consequente exclusão do *ius retentionis*. Note-se que, “quanto maior importância tiver a coisa retida para aquele a quem esta deve ser restituída, maior será a coerção exercida pela *retentio* para que ele cumpra.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 390)

5.8 Formas de exercício e principais efeitos

O direito de retenção pode ser exercido judicial ou extrajudicialmente, podendo optar pela recusa da prestação a que se encontra adstrito de entrega da coisa a quem esta é devida, seja através dos meios judiciais ou fora deles.

Consubstanciando uma verdadeira exceção, a invocação da retenção pode ser realizada de forma expressa ou tácita, desde que a mesma seja efetuada de forma clara e perceptível para a contraparte, para efeitos de decisão quanto à prestação de caução por este último.

Caso o retentor opte por exercer extrajudicialmente o seu direito ver-se-á limitado à recusa de entrega da coisa, não sendo possível, por estes meios, proceder à execução da coisa retida para obtenção do valor da mesma se a coisa for um bem imóvel. Contudo, especula-se a hipótese de ser permitido executar a coisa se esta for um bem móvel, desde que tal tenha sido convencionado pelas partes. (Taveira da Fonseca, 2015a: 358-359)

O direito de retenção qualifica-se processualmente como uma excepção material dilatória, produzindo como principal efeito a faculdade de o respetivo titular “recusar-se a cumprir até que uma obrigação recíproca seja também cumprida.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 360)

Quanto à invocação do *ius retentionis*, não sendo de conhecimento oficioso, tem necessariamente que ser invocada por quem pretende exercer este direito. (Taveira da Fonseca, 2015a: 360)

Contudo, o seu exercício extrajudicial, não impede que os seus efeitos sejam conhecidos oficiosamente, isto é, não carece de invocação judicial para que sejam conhecidos os efeitos, na medida em que se o réu já exerceu extrajudicialmente o seu direito prescinde-se da invocação judicial do mesmo. Assim, “a partir do momento em que o direito de retenção foi oposto ao credor e o devedor a ele não renunciou, este encontra-se obrigado a oferecer ou cumprir a obrigação conexa com a do devedor para executar o seu crédito, pelo que os efeitos da invocação extrajudicial podem ser conhecido oficiosamente.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 361)

Quanto à decisão que deve o tribunal tomar face à invocação do direito de retenção pelo réu, entre julgar a ação improcedente ou condenar ao cumprimento simultâneo do réu mediante o cumprimento da contraprestação, perfilha-se da doutrina defendida por Ana Taveira da Fonseca, de que “o réu deve ser condenado a restituir a coisa retida contra a realização ou oferecimento do contra-crédito.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 361-362)

5.9 Direito de retenção convencional ou obrigacional

O princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* dos direitos reais, previsto no art. 1306º, nº 1 CC, não permite recorrer à *analogia legis* para que outras situações semelhantes às previstas no art. 755º CC sejam abrangidas pelo direito de retenção.

Questiona-se, assim, se não deveria existir igual faculdade de recusa para os casos que não esse encontram legalmente previstos mas que possuem todos os requisitos necessários à sua aplicação.⁽⁷⁶⁾ (Taveira da Fonseca A., 2015b: 11-12)

Face à doutrina e jurisprudência dominante estará excluída a possibilidade de aplicar analogicamente o *ius retentionis* a outros casos de conexão jurídica, na medida em que este se trata de um direito real de garantia com origem legal, razão pela qual “os factos constitutivos são só e apenas aqueles que se encontram previstos na lei”, inversamente ao que se poderá aferir nos direitos reais que tenham origem convencional. (Taveira da Fonseca A., 2015b: 12-13)

A *ratio legis* da taxatividade do direito de retenção, isto é, a restrição da sua aplicação ao elenco legalmente previsto fundamenta-se “na necessidade de protecção de terceiros que, de outra forma, veriam um direito real seu arredado ou prejudicado pela existência de um direito real de garantia com o qual não poderiam logicamente contar.” (Taveira da Fonseca A., 2015b: 13)

Contudo, esta limitação inerente à aplicabilidade do direito de retenção, que impossibilita a extensão analógica a outros casos de conexão jurídica não previstos no art. 755º, nº 1 CC, não determina que inexista “uma lacuna que, por outra via, careça de ser colmatada.” (Taveira da Fonseca A., 2015b: 16)

É então, neste contexto, que se afere a possibilidade de criação de um direito de retenção convencional, ou seja, nada impede às partes “de criarem direitos de retenção por acordo desde que estes não ponham em causa os direitos de terceiros estranhos a esse acordo.” (Taveira da Fonseca A., 2015b: 16-17)

Porém, é necessário ter em conta as restrições impostas a este direito de retenção convencional pois os requisitos do direito de retenção legal não podem ser afastados por acordo das partes, para que apenas possam usufruir dos efeitos daquele. Assim, a criação de um direito de retenção por convenção das partes carece de alguma contenção no que respeita à autonomia privada dos contraentes, não podendo a vontade destes sobrepor-se aos “interesses públicos ou de terceiros”. (Taveira da Fonseca A., 2015b: 17)

Deste modo, é necessário que se verifiquem certos pressupostos para que a criação de um direito de retenção por via convencional seja válido. Neste sentido, o primeiro pressuposto consiste numa prévia detenção da coisa a reter de forma lícita, para que não

(76) Veja-se o seguinte exemplo: “Se o depositário tem direito a reter a coisa depositada até ser pago pelo depositante pelas despesas de conservação da coisa, a este devia correspondentemente ser reconhecido o direito de recusar o pagamento dessas despesas até que a coisa depositada seja entregue.”, v. Taveira da Fonseca, A., 2015b, pp. 11.

seja considerada como detenção com recurso à força própria pois tal seria desconforme ao art. 1º CPC. Quanto ao segundo requisito, traduz-se na não atribuição de eficácia *erga omnes* a este direito, bem como, na inoponibilidade do mesmo ao adquirente da coisa retida, ainda que se trate de uma aquisição posterior à criação do direito de retenção. Isto advém do facto de esses terceiros não terem como contar com a constituição desse direito, razão pela qual será nula toda e qualquer cláusula na qual as partes estipulem a atribuição de efeitos reais a este direito de retenção, havendo a possibilidade de conversão legal num direito obrigacional, nos termos do art. 293º CC.

Por fim, quanto ao pressuposto referente à conexão entre os créditos, tanto poderá ser material como jurídica, conjeturando-se ainda a faculdade de as partes prescindirem do requisito da conexão. (Taveira da Fonseca A., 2015b: 17-19)

Em suma, a possibilidade de criação de um direito de retenção convencional apenas permitirá ao seu titular a recusar o cumprimento da sua obrigação de restituição da coisa face ao incumprimento da outra parte, não tendo em seu poder “qualquer direito de preferência sobre a coisa retida”. (Taveira da Fonseca A., 2015b: 19)

6. O exercício do direito de retenção pelo arrendatário

6.1 Considerações gerais

O direito de retenção enquanto direito real de garantia é, conforme já adiantamos, um instituto que permite ao seu titular recusar o cumprimento da sua obrigação de entrega de determinada coisa (móvel ou imóvel) que tem na sua posse até que seja satisfeito o crédito que detém e de que é devedor o proprietário da coisa retida. É, assim, aplicável aos casos específicos do art. 755º, nº 1 CC, sendo igualmente extensível a situações abstratas nos termos genéricos do art. 754º, desde que dele resulte um crédito que derive de despesas efetuadas na coisa ou de danos por ela causados. (Antunes Varela, 2015: 579)

No âmbito de um contrato de arrendamento urbano, é facultado ao arrendatário a possibilidade de exercer o direito de retenção através da recusa do cumprimento da sua concreta obrigação de “restituir a coisa locada findo o contrato”, conforme dispõe a al. i) do art. 1038º CC, respeitante às obrigações do locatário não por força do art. 755º CC, pois não se vislumbra atualmente a integração deste contrato no elenco específico ao qual se atribui o direito de retenção, mas sim pela aplicação genérica do art. 754º CC. Por esta razão, poderá o arrendatário exercer este direito desde que se verifique uma das

circunstâncias exigidas por lei, nomeadamente, que o arrendatário seja titular de um crédito de que é devedor o proprietário do prédio retido pelo primeiro, e que se esse mesmo crédito resulte de despesas realizadas pelo arrendatário no imóvel ou de danos por ele causados e, ainda, que se encontrem preenchidos os já analisados requisitos de aplicação da *retentio*.⁽⁷⁷⁾(Antunes Varela, 2015: 579)

Deste modo, compreende-se que a retenção se trata de uma garantia que poderá abranger o contrato de arrendamento enquanto meio de tutela do arrendatário, na medida em que o seu exercício permite a legítima recusa do cumprimento da sua obrigação de entrega do imóvel findo o prazo contratual, retendo-o para si até que lhe seja satisfeito o crédito de que é devedor aquele que exige a entrega do mesmo (senhorio), crédito esse que resulta de obras de conservação por aquele realizadas no locado ou de danos causados pelo imóvel, como é exemplo o caso de o locado ruir. (Antunes Varela, 2015: 579)

Contrariamente ao que acontece na lei civil atual, em que o arrendatário beneficia do direito de retenção nos termos genéricos do art. 754º CC, no anterior Código Civil de 1867 – também designado por Código de Seabra – este instituto encontrava-se expressamente previsto para o arrendamento. (Pereira de Abreu, 1998: 17)

6.2 O direito de retenção do arrendatário no Código de Seabra

O anterior Código Civil de 1867 (Código de Seabra), não continha uma secção específica para regular o direito de retenção, pelo que apenas se encontravam referências dispersas a este instituto.⁽⁷⁸⁾ (Pereira de Abreu, 1998: 17; Garcia da Fonseca, 1950: 387-388; Vaz Serra, 1957a: 103-104)

Uma delas traduzia-se na expressa atribuição do *ius retentionis* ao arrendatário⁽⁷⁹⁾, estabelecendo assim a norma do art. 1614º do Código de Seabra que: “o arrendatário não pode recusar a entrega do prédio, findo o arrendamento. Só no caso de benfeitorias expressamente consentidas por escrito, ou autorizadas pelas disposições do art.º 1.611.º (benfeitorias necessárias), terá o direito de retenção, até haver a importância, imediatamente provada, das ditas benfeitorias.” (Pereira de Abreu, 1998: 17-18)

(77) Cf. Pág. 51-54.

(78) Para maiores desenvolvimentos no que refere ao direito de retenção no anterior Código de Seabra, v. Vaz Serra, A., (1957a.), pp. 103-259.

(79) Para maiores desenvolvimentos sobre a atribuição do direito de retenção ao arrendatário na vigência do anterior Código de Seabra, v. Vicente Loff., (1949). pp. 168-185.

Assim, um dos mais importantes direitos atribuídos ao arrendatário, conforme indica a melhor doutrina, é “o direito de reembolso das benfeitorias, direito esse que, em certos casos e dadas certas condições é protegido pela retenção quanto ao seu cumprimento integral; conseqüentemente, origina-se para o senhorio a obrigação, correspondente àquele direito, de reembolsar o arrendatário das despesas que fez na coisa.” (Vicente Loff, 1949: 168)

Contudo, o conceito geral de direito de retenção no anterior Código, abrangia somente, os créditos que resultavam “de despesas feitas por causa da coisa”, permitindo ao seu titular excepcionar a sua obrigação de entrega da coisa, diferindo-a, até que o devedor satisfizesse a sua contraprestação de que era credor o retentor da coisa. Acresce ainda que apenas se previa uma ligação destas prestações por uma relação de conexão meramente material entre o crédito e a coisa, não englobando a designada conexão jurídica atualmente prevista no Código vigente no art. 755º, razão pela qual a conexão em causa cingia-se ao facto de “o crédito ter nascido em virtude dos melhoramentos feitos na coisa retida, de despesas com a sua conservação ou de prejuízos causados pela sua guarda.” (Pereira de Abreu, 1998: 18)

Neste avistavam-se igualmente restrições na sua atribuição, na medida em que só gozava de direito de retenção aquele cuja posse da coisa detida fosse de boa-fé, sendo-lhe concedido direito de retenção sobre a coisa até que fosse satisfeito na íntegra relativamente a despesas realizadas para a conservação da coisa. (Pereira de Abreu, 1998: 20)

No que diz respeito, em concreto, ao arrendatário, gozava de direito de retenção sobre o imóvel relativamente à totalidade das despesas efetuadas com benfeitorias necessárias ou, desde que expressamente consentidas por escrito, úteis ou voluptuárias realizadas no prédio;” (Pereira de Abreu, 1998: 20)

Por fim, quanto ao privilégio de ser pago com preferência face aos demais credores, tratava-se de uma faculdade da qual gozavam ambos os possuidores (de boa e de má-fé), sendo que para o arrendatário especificamente, essa preferência apenas lhe era atribuída “relativamente aos gastos em benfeitorias necessárias à conservação do prédio realizados nos últimos três anos e na parte que não excedesse um quinto do seu valor”, isto porque preferindo sobre a hipoteca e não estando sujeito a registo, se este privilégio não fosse quantitativamente restringido, poderia ferir significativamente a garantia hipotecária, ou até mesmo retirar-lhe todo o conteúdo prático que lhe subjaz. (Pereira de Abreu, 1998: 20-21)

6.3 O direito de retenção do arrendatário no Código Civil atual

No atual Código Civil de 1966, encontra-se uma secção específica que determina o regime jurídico do direito de retenção, nomeadamente, nos art. 754º a 761º CC.

No que se refere ao arrendatário este direito é-lhe concedido nos termos gerais da retenção do art. 754º CC, não havendo na legislação presente uma norma que atribua tal direito, em específico, ao arrendatário.

Para que este possa exercer o direito de retenção sobre o imóvel por si arrendado, para assim legitimar a inexecução da sua obrigação de entrega findo o contrato (art. 1038º, al. i) CC), exigida pelo senhorio, é necessária a verificação da existência de um crédito de que este último seja devedor face ao primeiro, e que nos termos do art. 754º CC, esse mesmo crédito derive de despesas que o arrendatário tenha realizado no imóvel ou por prejuízos que este tenha tido face a danos ocorridos no prédio.

Como já foi mencionado, para além desta conexão material é necessário que se encontrem preenchidos os requisitos legalmente exigidos nos art. 756º e 757º CC, para que o arrendatário goze desta garantia real.

Tratando-se de um imóvel, é-lhe aplicável a norma do art. 759º CC, razão pela qual o arrendatário é equiparado ao credor hipotecário, atribuindo-lhe o nº 1 do referido preceito, o poder de executar o prédio para se fazer pagar pelo produto da sua venda e ainda, preferência no pagamento do seu crédito face aos credores comuns, prevalecendo o seu direito mesmo face aos credores que tenham constituída a seu favor uma garantia hipotecária anteriormente registada, de acordo com o nº 2 da mesma norma. Só não será assim caso se verifique a existência de um crédito garantido por um privilégio imobiliário especial pois, nessas circunstâncias, o art. 751º CC estipula que este prevalecerá ao direito do arrendatário mesmo que o direito de retenção tenha sido constituído anteriormente àquele.

Quanto aos direitos e obrigações do arrendatário retentor, determina o nº 3 do art. 759º CC, que estes se regem pelas normas do penhor (670º e ss. CC). Assim, em caso de esbulho pelo proprietário ou por terceiro, terá o arrendatário o direito a exercer em relação ao imóvel objeto de retenção, as ações destinadas à defesa da posse (art. 670º, al. a) e 1276º e ss. CC), ainda que este seja apenas mero detentor da coisa e não seu possuidor.

Deste modo, se, por exemplo, o arrendatário de um prédio urbano faz no edifício benfeitorias necessárias ou benfeitorias úteis insusceptíveis de serem levantadas (conserto de telhado, pinturas, eletrificação): pode, nos termos dos artigos 1046º e 1273º do Código Civil, exigir do senhorio o valor dessas benfeitorias – salvo, quanto às úteis, se o contrário

tiver sido convencionado – e todos reconhecem assistir-lhe o direito de reter o imóvel (...) até ser pago desse seu crédito (com a inerente faculdade de, se necessário, se fazer pagar em juízo pelo valor do imóvel, com preferência sobre os demais credores, inclusive credores hipotecários).” (Galvão Telles, 1974-1987: 31)

Como, em regra, não existe uma relação corresponsiva entre a obrigação do arrendatário de restituir o imóvel arrendado após o término do contrato (art. 1038º, al. i) CC) e a obrigação do senhorio de satisfazer o crédito do arrendatário através do pagamento do valor das despesas por este realizadas (art. 1046º, nº 1 CC), não poderá aquele deixar de cumprir com a sua obrigação principal de pagamento das rendas por o senhorio não proceder à execução das obras a que se encontra legalmente adstrito por força do art. 1074º, nº 1 CC, terá, então, o arrendatário somente o direito a exercer a *retentio* sobre o respetivo locado até que o senhorio lhe reembolse o valor despendido na realização das benfeitorias no imóvel. Caso o direito de retenção seja procedente, obstará consequentemente à concretização do pedido de entrega da coisa intentada pelo senhorio, bem como verá efetivado o principal efeito desta garantia real, mormente, a condenação *quid pro quo*, isto é, condenação condicional ou simultânea da prestação e contraprestação, na qual o arrendatário será condenado a cumprir com a sua prestação de entrega do imóvel quando o senhorio cumprir a sua, no que respeita às benfeitorias realizadas. (Taveira da Fonseca, 2015a: 131-134)

6.4 Considerações finais

Após a análise do funcionamento do direito de retenção, mais especificamente, quando o seu titular é um arrendatário, afere-se que este terá direito a ser indemnizado pelo senhorio sempre que realize no imóvel benfeitorias ou obras de conservação para as quais esteja devidamente autorizado por aquele ou quando o prédio sofrer qualquer dano que não lhe seja imputável, causando-lhe prejuízos. Caso o senhorio não proceda ao pagamento devido, subsiste assim ao arrendatário nos termos gerais do art. 754º CC, o direito de reter o locado recusando a sua entrega findo o contrato, até que seja reembolsado dos valores despendidos por conta do imóvel arrendado.

É possível chegar a tal conclusão não só através da doutrina, mas também da jurisprudência, de onde se retira, por exemplo, do Acórdão do TRC de 13.09.2011 que: “Em matéria de benfeitorias o arrendatário é, por via do nº 1 do artigo 1046º do CC, equiparado ao possuidor de má fé, tendo, nos termos do art. 1273º e 1275º do CC, direito a ser indemnizado quanto às benfeitorias necessárias que haja introduzido no locado,

perdendo, sem ressarcimento algum, as benfeitorias voluptuárias, assistindo-lhe quanto às benfeitorias úteis o direito a levantá-las, desde que não haja detrimento para a coisa; não sendo o levantamento possível é o arrendatário ressarcido de acordo com as regras do enriquecimento sem causa.”⁽⁸⁰⁾

Contudo, o direito de retenção já não será precedente, nos casos em que a detenção do imóvel é exercido em nome de outrem, como é o caso de um subarrendatário de um prédio arrendado, sem que o senhorio tenha tido conhecimento nem dado autorização para que houvesse subarrendamento, não lhe sendo, deste modo, reconhecido o direito a ser reembolsado. Esta afirmação é retirada de alguns excertos do Acórdão do STJ de 27.11.1997, que determinam o seguinte: “A situação de subarrendatário ou cessionário do prédio arrendado, quando o senhorio não tenha tido comunicação do subarrendamento ou cessão, não o tenha autorizado, nem tenha reconhecido o subarrendatário ou cessionário como tal, não pode, obviamente ser melhor do que a do arrendatário, no que respeita à posse do local arrendado.” Acresce ainda, “o direito a benfeitorias, que o art.º 1273 do CC reconhece ao possuidor (de boa ou má fé), não pode ser invocado pelo mero detentor ou possuidor em nome de outrem. Consequentemente, não pode esse detentor arrogar-se o direito de retenção do armazém onde terá feito as obras que se poderiam qualificar como benfeitorias úteis, até ser pago do seu valor pelo respectivo proprietário.”⁽⁸¹⁾

7. Confronto entre os institutos da exceção de não cumprimento e do direito de retenção

7.1 Principais critérios de distinção

O campo de aplicação da exceção de não cumprimento do contrato previsto no art. 428º e ss CC e do direito de retenção regulado nos art. 754º e ss CC, nem sempre é fácil de delimitar na medida em que se tratam de institutos próximos um do outro.

Por essa razão, importa estabelecer as suas semelhanças e diferenças para que assim seja possível criar uma fronteira entre ambos, para que a aplicação de cada um deles ao caso concreto seja corretamente concretizada.

(80) Acórdão do TRC, de 13.09.2011, Processo 458/07.7TBTND.C1, in *www.dgsi.pt*.

(81) Acórdão do STJ, de 27.11.1997, Processo 97B597, in *www.dgsi.pt*.

Em primeiro lugar, estes institutos assemelham-se no facto de, no exercício de ambos, enquanto meios de autotutela de um crédito⁽⁸²⁾, o seu titular poder recusar o cumprimento de uma prestação a que se encontra adstrito, até que a contraparte cumpra igualmente a sua contraprestação. Tratam-se, por isso, de faculdades concedidas aos titulares dos respetivos institutos, de não cumprirem uma obrigação face ao incumprimento da obrigação da contraparte suspendendo a sua execução até que a outra parte execute igualmente a sua recíproca obrigação. (Menezes Cordeiro, 2015: 821; Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 254)

Contudo, o direito de retenção apresenta-se com um espectro mais alargado pois, para além de permitir a recusa do cumprimento da sua obrigação (entrega da coisa) até que a outra parte cumpra igualmente a sua prestação, possibilita ainda, ao seu titular, a faculdade de “conservar, no seu poder, uma coisa que não lhe pertence.” (Menezes Cordeiro, 2015: 821)

Assim, apesar da confusão entre elas que em tempos se verificou, estamos perante figuras afins, sendo possível aferir as seguintes diferenças: enquanto que a *exceptio* tem por base obrigações do mesmo contrato bilateral sinalagmático, com prestações recíprocas e correspondentes que podem configurar prestações de coisa ou de facto, a *retentio* já não carece de tal exigência, bastando que se verifique a existência de uma conexão funcional (material ou jurídica) entre um determinado crédito e a coisa retida, do qual seja devedor, aquele que é, em simultâneo, credor do primeiro face a um crédito que dispõem contra ele, sendo que o exercício do direito de retenção apenas pode ter por objeto coisas; de seguida, distinguem-se pelo facto de a excepção de não cumprimento ter carácter meramente obrigacional, enquanto o direito de retenção se encontra dotada de uma natureza real consubstanciando um direito real de garantia, tal como se verifica com o penhor ou hipoteca, atribuindo ao retentor uma oponibilidade *erga omnes* o que permite que este execute a coisa retida e se pague pelo seu valor, gozando de preferência face aos demais credores comuns; a *exceptio* advém de uma estatuição geral nos termos do art. 824º CC,

(82) Afere-se igualmente como meio de autotutela de um crédito, isto é, como forma de “assegurar o interesse do credor de modo célere, sem intervenção judicial, nem concorrência com os credores comuns e preferindo, até, relativamente a alguns credores privilegiados” o instituto da compensação previsto nos art. 847º e ss. CC, o qual dispõe que “sempre que duas pessoas sejam reciprocamente credor e devedor, as obrigações podem extinguir-se por compensação.”, v. Romano Martinez, P. & Fuzeta da Ponte, P., (2006), pp. 253-254.

Para maiores desenvolvimentos sobre o instituto da compensação e respetiva distinção face à excepção de não cumprimento e ao direito de retenção, v. Taveira da Fonseca, A., (2015^a), pp. 399-499; Romano Martinez, P. & Fuzeta da Ponte, P., (2006), pp. 253-254; Menezes Cordeiro, A. (2016), pp. 290; Almeida Costa, M., (1991), pp. 979.

sendo aplicável a qualquer situação abstrata que preencha os seus requisitos legais, já o direito de retenção, apresenta não só uma previsão geral (754° CC), como também, uma previsão especial (755° CC), aplicável aos casos concretos a que a norma atribui o exercício deste direito; distinguem-se ainda, pela circunstância da exceção de não cumprimento não poder ser afastada perante a prestação de caução suficiente, nos termos do art. 428°, nº 2 CC, enquanto que no direito de retenção, o art. 756°, al. d) CC dispõe precisamente o inverso; por a *exceptio* não ser aplicável aos contratos bilaterais imperfeitos, o que é prática recorrente no exercício da *retentio*, quanto aos contratos de comodato, mandato e de depósito, conforme prevê especificamente o art. 755° CC; e, por fim, quanto à função por eles exercida, verifica-se que a exceção de não cumprimento tem por escopo garantir que aquele que pretende exercer este instituto, apenas tenha que cumprir nos concretos parâmetros exigidos igualmente para a contraparte, tratando-se essencialmente de uma forma de tutela do devedor, enquanto que o direito de retenção apresenta uma função vincadamente compulsória, para além de garantística, assegurando a posição do credor e não do devedor. (Menezes Cordeiro, 2016: 289; Calvão da Silva, 1997: 347-350; Antunes Varela, 2015: 580-581; Pereira & Múrias, 2008: 28-30)

7.2 A eventual coexistência da exceção de não cumprimento e do direito de retenção

7.2.1 A coexistência dos institutos em geral

Os institutos da exceção de não cumprimento do contrato e do direito de retenção são frequentemente contrapostos pela doutrina para aferir da sua possibilidade de coexistência ou sobreposição numa mesma situação concreta.

Questiona-se, assim, se poderá o mesmo contraente invocar face ao outro a *exceptio* e a *retentio*, em simultâneo.

Ora, parece-nos que não podemos entender como sinónimos os termos referidos – nomeadamente, coexistência e sobreposição – pois, para além de distintos, conduzem também a respostas diversas.

A sobreposição será a faculdade de um contraente, face a certa circunstância, poder optar pelo exercício de um ou outro instituto. Já a coexistência, remete para a possibilidade de gozar de ambos os expedientes, por verificação dos pressupostos de aplicação de cada um mas para situações diversas de uma mesma relação.

Assim, no que se refere à possibilidade de sobreposição da exceção de não cumprimento e da retenção, defendida por alguma doutrina⁽⁸³⁾ para assim optar pela invocação de um ou outro instituto, julga-se que tal não será admissível, pois o âmbito de aplicação daqueles é diferente. Enquanto a exceção de não cumprimento é aplicável a “obrigações emergentes de um contrato sinalagmático” recíprocas e correspectivas uma da outra, o direito de retenção, por sua vez, abrange relações de conexão existentes entre um determinado crédito e a coisa objeto de retenção. (Taveira da Fonseca, 2015a: 326)

Significa isto, nas palavras da doutrina da qual se partilha, que “para que a exceção de não cumprimento possa ser invocada, o essencial é a existência de uma relação de correspectividade ou interdependência entre as prestações, enquanto para o direito de retenção o decisivo é a relação de conexão entre créditos.” Releva ainda que “no direito português, essa conexão deve ser material, apesar de se admitir excepcionalmente a existência de direitos de retenção com base numa conexão jurídica entre o crédito e a coisa retida.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 325)

Note-se que não é excluída a hipótese de a *retentio* ser exercida no âmbito de um contrato sinalagmático, contudo, as obrigações a que habitualmente é aplicável não se apresentam, por norma, inseridas no sinalagma. (Taveira da Fonseca, 2015a: 325)

Deste modo, mesmo que nos encontremos face a um contrato bilateral sinalagmático, em que haja a inexecução por uma das partes da obrigação a que se encontra adstrita, permitindo igualmente o incumprimento pela contraparte da sua obrigação correspectiva, isto é, permitindo-lhe invocar a *exceptio*, e esta contraprestação se tratar de uma obrigação de entrega de uma coisa, só haverá neste mesmo caso a faculdade de exercer o *ius retentionis* se, por causa dessa mesma coisa, a parte adstrita à sua entrega e na pendência da mesma, realiza quaisquer despesas na mesma ou tiver prejuízos por ela causados, podendo somente usufruir desta garantia real que lhe atribui o direito a ser pago preferencialmente em relação aos demais credores, no que respeita exclusivamente ao “valor das despesas e dos danos por si sofridos e não pelo valor da prestação em falta”, motivo pela qual se concorda, conforme refere a melhor doutrina, que estaremos sempre perante uma sobreposição “meramente aparente.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 326-327)

Em suma, o que poderá eventualmente ocorrer, é uma coexistência dos institutos, que concorrem em circunstâncias fragmentadas de um mesmo caso concreto, sendo possível, em determinado contexto, a invocação simultânea (e não opcional) de ambos face

(83) Neste sentido, v. Galvão Telles, I., (1974-1987), pp. 19-20; Júlio Gomes, (2005), pp. 9.

ao âmbito de aplicação de cada um nesse mesmo caso, e noutro, apenas a invocação de um dos expedientes por não se verificarem os condicionalismos necessários ao exercício do outro.

É exatamente isto que se retira dos seguintes exemplos: “Se A se compromete perante B a reparar o automóvel mediante o pagamento de €500,00, poder-se-á concluir que existe um vínculo sinalagmático entre a obrigação de reparação do automóvel e a obrigação de pagamento dos €500,00. Se A reparou o automóvel antes de receber os €500,00 e quiser reter o automóvel até ao integral pagamento do preço em falta, podê-lo-á fazer porque, de acordo com o disposto no art. 754º, goza de um direito de retenção sobre o veículo. Já se C vender um determinado imóvel a D e se comprometer a pintá-lo antes de o entregar, pode perspetivar-se a aplicação simultânea dos dois institutos. Se D não tiver pago o preço devido pela aquisição do imóvel, nem pela pintura do mesmo, C poderá, simultaneamente, invocar a exceção de não cumprimento e o direito de retenção. Contudo, se D pagar o preço correspondente à pintura, o direito de retenção extinguir-se-á e C só poderá invocar a exceção de não cumprimento.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 326)

7.2.2 A coexistência dos institutos em especial no arrendamento urbano

No que respeita à eventualidade de sobreposição e de coexistência da exceção de não cumprimento e o direito de retenção, em específico, no contrato de arrendamento urbano a favor do arrendatário, parece que nenhuma dessas suposições será possível, pois o âmbito de aplicação destes institutos no contrato em causa encontra-se ainda mais limitado.

Quanto à exceção de inadimplência, esta só poderá ser invocada pelo arrendatário para não cumprir a sua prestação face ao incumprimento da contraprestação do senhorio, se ambas forem corresponsivas e recíprocas uma da outra. Por esse motivo, abrangendo, em regra, apenas as obrigações principais das partes, a *exceptio* só poderá ser exercida pelo arrendatário, suspendendo temporariamente o cumprimento da sua principal obrigação de pagamento da renda (art. 1038º, al. a) CC), caso se verifique a inexecução de uma das principais obrigações do senhorio (art. 1031º CC), nomeadamente, o incumprimento da obrigação de entrega do imóvel (al. a)) ou da obrigação de assegurar o gozo do imóvel para os fins a que este se destina (al. b)).

Já o *ius retentionis* será passível de ser exercido pelo arrendatário, recusando a sua obrigação de restituição do imóvel findo o contrato (art. 1038º, al. i) CC), caso tenha realizado despesas por causa do imóvel ou que este lhe tenha causado danos, tendo, assim,

direito a retê-lo até que seja reembolsado do valor por si despendido com essas mesmas despesas (art. 1046º, nº 1 CC), se tal obrigação recaísse sobre o senhorio, nos termos previstos no art. 1074º CC.

Assim, passando a supor que o arrendatário pretende deixar de pagar a renda até que o senhorio cumpra a sua obrigação de realizar as obras a que legalmente se encontra vinculado, entende-se que tal só poderá ocorrer, invocando assim o arrendatário a exceção de não cumprimento, “caso a falta de obras impeça o gozo da coisa locada, porque só a obrigação de proporcionar a outrem o gozo temporário de uma coisa e a obrigação de pagamento da renda constituiriam prestações emergentes de um contrato de locação unidas por um vínculo de sinalagmaticidade.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 132)

Se, porventura, esse impedimento não se verificar não poderá o arrendatário invocar a *exceptio* deixando por isso de pagar a renda, na medida em que não se existe um sinalagma entre a obrigação de pagamento da renda e a obrigação de realização de obras, cujo requisito se afere como fundamental para o exercício deste instituto. Contudo, nestas mesmas circunstâncias, será já legítima a invocação do direito de retenção pelo arrendatário, nos termos gerais do art. 754º CC, suspendendo o cumprimento da obrigação de entrega do locado findo o contrato (art. 1038º, al. i) CC), caso tenha sido este a realizar as obras no imóvel cuja realização era obrigação do senhorio, até que este último o reembolse do valor dessas mesmas despesas.

Note-se, então, que não seria possível ao arrendatário invocar a exceção de não cumprimento na situação descrita, pois conforme afirma a melhor doutrina “não existe uma relação de corresponsabilidade entre a obrigação de restituição do locado findo o contrato de arrendamento (art. 1038º, al. i)) e a obrigação de o locador proceder ao pagamento de certas despesas realizadas pelo locatário (art. 1046º, nº 1), salvo convenção em contrário.” (Taveira da Fonseca, 2015a: 133)

Em suma, pode-se concluir logicamente que a sobreposição da *exceptio* e da *retentio*, enquanto expedientes a invocar pelo arrendatário, optando por um em detrimento do outro, nunca seria possível porquanto o seu próprio exercício atende a obrigações e a momentos contratuais distintos. Enquanto que, no âmbito da *exceptio* o arrendatário recusa o pagamento da renda durante a execução contratual, diversamente na *retentio*, este recusa a entrega do locado, após o término do contrato.

Quanto à coexistência dos institutos *in casu*, isto é, no que refere à possibilidade de o arrendatário invocar, em simultâneo, a exceção de não cumprimento e o direito de retenção para se munir face à interposição pelo senhorio de uma ação de resolução por

falta de pagamento de rendas, invocando o inquilino o incumprimento daquele, de não realização de obras e respetivo direito a compensação por benfeitorias realizadas por si, tal hipótese se parece igualmente impossível, pois se o arrendatário se encontra, por exemplo, face a um incumprimento por parte do senhorio da obrigação de realização de obras no imóvel e estas venham a impedir o gozo do locado para o fim a que se destina, total ou parcialmente, verifica-se uma sinalagmaticidade entre essa obrigação e a do pagamento da renda, permitindo ao arrendatário exercer a *exceptio*, suspendendo o pagamento da renda de forma proporcional à respetiva privação do gozo do imóvel. Contudo, não poderá este incumprir a sua principal obrigação se tal inexecução pelo senhorio não for relevante no sentido de privá-lo do gozo do imóvel, nem fazê-lo mediante o fundamento do incumprimento do senhorio quanto à sua obrigação de execução dessas obras no imóvel.

Afigura-se, salvo melhor entendimento, que o exercício de um instituto anularia o outro pois se a *exceptio* pressupõe a suspensão de uma obrigação até à realização simultânea da obrigação recíproca e, se o arrendatário viesse a exercer a *retentio* por ter realizado ele as referidas obras e não ter sido restituído desse mesmo valor, retiraria todo o efeito prático do primeiro instituto, pois estaria a valer-se de um fundamento errado (a não realização de benfeitorias no locado pelo senhorio) para se justificar e opor à resolução do contrato de arrendamento e conseqüente despejo do imóvel por falta de pagamento das rendas.

Aparenta-se, assim, que seria juridicamente inconcebível por toda a fundamentação já exposta, a conciliação de ambos os institutos num mesmo caso concreto no âmbito da celebração de um contrato de arrendamento urbano, de modo a que o arrendatário pudesse usufruir da exceção de não cumprimento e posteriormente do direito de retenção face ao incumprimento do senhorio, deixando assim de pagar a renda devida durante a execução do contrato e ainda pretendendo reter o imóvel por si arrendado, após a cessação do mesmo. Isto porque, ao ser interposta uma ação em Tribunal pelo senhorio, para que seja decretada a resolução do contrato por falta de pagamento da renda pelo arrendatário cuja pretensão seria válida por força do art. 801º, nº 2 CC que prevê tal possibilidade face ao incumprimento de uma obrigação principal no âmbito de um contrato bilateral sinalagmático (no qual o arrendamento se insere), jamais seria possível ao arrendatário invocar o direito de retenção para obstar à resolução e conseqüente despejo do locado, na medida em que ao deixar de pagar a renda por falta de obras no imóvel – exercendo deste modo a exceção de não cumprimento – a oposição do direito de retenção não seria um

legítimo expediente face a uma pretensão de resolução contratual que tenha por fundamento a falta de pagamento de rendas.

Esta conclusão é facilmente perceptível ao analisar algumas das decisões jurisprudenciais dos nossos Tribunais Superiores.

Exemplifica-se assim, o exposto anteriormente, através de dois acórdãos do STJ, nomeadamente: o acórdão de 5.12.2006, o qual determina que “ incidente da acção de despejo (...) por falta de pagamento das rendas vencidas na pendência da acção apenas admite como oposição relevante a prova do pagamento ou do depósito das rendas em falta. Não releva para tal a alegação por parte do inquilino de excepção de incumprimento por parte do senhorio ou o direito de retenção do locado para garantir direito a indemnização por benfeitorias realizadas naquele.” Acresce que “Alargar o leque de questões que o inquilino poderia alegar para obstar ao despejo imediato equivaleria a inviabilizar os fins preventivos e coactivos do instituto (...).”⁽⁸⁴⁾; e ainda, o acórdão de 25.10.2011, do qual se extrai que “o direito ao reembolso por despesas ou reparações (urgentes) que tenha realizado no locado não exime, exonera ou liberta o locatário de cumprir a obrigação axial do contrato de arrendamento que lhe está adstrita, a saber, o pagamento, atempado, da contraprestação pelo uso e fruição da coisa. O não cumprimento da obrigação imposta pelo sinalagma constituído pela relação contratual locatícia, relativamente ao locatário, não pode ter como base a não realização de reparações necessárias no locado por parte do locador.”. Conclui-se, assim, no duto acórdão que “em oposição a execução para entrega de coisa certa, por resolução do contrato de arrendamento por falta de pagamento de rendas, não pode o locatário executado pretender obter a compensação por um eventual direito de crédito por benfeitorias realizadas no locado, com as rendas não pagas.”⁽⁸⁵⁾

(84) Acórdão do STJ de 5.12.2006, Processo 06A2299, in *www.dgsi.pt*.

(85) Acórdão do STJ de 25.10.2011, Processo 23239/08.6YYLSB.L1.S1, in *www.dgsi.pt*.

8. Conclusão

O exercício da exceção de não cumprimento e do direito de retenção pelo arrendatário, no âmbito da celebração de um contrato de arrendamento urbano, remete para a problemática da complexidade da determinação de quando, de que forma e em que circunstâncias poderá o inquilino proceder à invocação legítima de um e outro instituto dada a proximidade existente entre eles que inúmeras vezes dificultam a sua distinção e, conseqüentemente, a sua correta aplicação ao caso concreto.

No que refere a cada um deles, após uma profunda análise da doutrina e jurisprudência nacionais, é de concluir que quanto ao primeiro instituto mencionado, isto é, a exceção de não cumprimento do contrato, também designada por exceção de inadimplência ou *exceptio non adimpleti contractus* é, em regra, aplicável quando se verifique a existência de um vínculo sinalagmático entre prestações, sendo uma corresponsiva da outra pelo que o incumprimento de uma delas por um dos contraentes legitima a recíproca inexecução da contraparte.

Deste modo, no que concerne especificamente ao exercício da *exceptio* no âmbito de um contrato de arrendamento urbano a dificuldade insere-se na aferição da legítima invocação deste instituto legal previsto no artigo 428º, nº 1 CC pelo arrendatário.

Sendo certo que num contrato de arrendamento urbano se têm como corresponsivas por um lado, as obrigações do senhorio de entregar o imóvel arrendado ao inquilino e conseqüentemente assegurar o gozo do mesmo (art. 1031º, al. a) e b) CC), e por outro, a obrigação de o arrendatário pagar a renda correspondente (art. 1038º, al. a) CC), só entre elas pode funcionar a exceção de não cumprimento, isto é, face ao incumprimento temporário de uma das obrigações de uma das partes, poderá a contraparte recusar o cumprimento da sua recíproca obrigação.

No que respeita à investigação em causa, nomeadamente, quanto à problemática do exercício deste instituto pelo arrendatário, nos termos previstos no art. 428º, nº 1 CC, determina-se que apenas será admissível ao arrendatário lançar mão deste expediente e, assim, excecionar o pagamento da renda, mediante a verificação do incumprimento de uma obrigação imputável ao senhorio, desde que tal implique, inevitavelmente, a privação total ou parcial do gozo do imóvel pelo arrendatário. Só assim se estabelece o pressuposto essencial do referido

instituto na medida em que, apenas desta forma, se estabelece o vínculo sinalagmático e a reciprocidade necessária entre as obrigações incumpridas pelas partes, enquanto obrigações principais a que se encontram vinculadas.

Assim, afere-se que a suspensão do pagamento da renda pelo arrendatário no caso de o senhorio incumprir uma prestação a que se encontre vinculado (seja ela, por exemplo, a falta de realização de obras no imóvel a si imputadas ou a não obtenção de uma licença de utilização do prédio) desde que essa inexecução se repercute no conseqüente incumprimento de uma das suas principais obrigações, mais concretamente, no incumprimento da obrigação de assegurar ao arrendatário o gozo do imóvel para os fins a que se destina, privando desse modo, total ou parcialmente, o gozo do locado pelo arrendatário. É pois, neste sentido, que se considera lícito o exercício da exceção de não cumprimento do contrato pelo arrendatário.

Quanto ao segundo instituto objeto de análise na presente dissertação, designadamente, o direito de retenção ou *ius retentionis*, enquanto meio de recusa do cumprimento da obrigação de entrega de uma coisa que se detém face a um crédito do qual aquele que reclama a entrega da coisa é devedor, afere-se da observação do seu regime jurídico que este poderá ser exercido nos termos gerais do art. 754º do CC, no qual se presencia a existência de uma conexão material entre o crédito do detentor e a coisa retida, cuja norma determina genericamente os requisitos concretos a preencher por uma situação abstrata, dos quais se encontra dependente a aplicação do direito de retenção. Estes requisitos alternativos e imprescindíveis cuja verificação de um deles a lei exige para que certa circunstância seja passível de enquadrar o direito de retenção que se prevê no art. 754º CC, sendo eles que o crédito de que é devedor o titular da coisa tenha resultado de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.

Também se afere a possibilidade de exercer o direito de retenção nos termos especiais do art. 755º, nº 1 CC, que nos apresenta um elenco taxativo das circunstâncias suscetíveis de serem abrangidas pela retenção (al. a) a f)), dada a existência de uma conexão jurídica, isto é, a existência de uma detenção resultante de uma relação legal ou de um contrato à qual a lei atribui como garantia o referido direito de retenção.

Este elenco especificamente previsto não integra o caso do arrendatário em concreto, pelo que apenas lhe poderá ser facultado o exercício de tal direito

nos termos gerais do art. 754º CC. Assim, para que o arrendatário possa exercer licitamente o direito de retenção sobre o imóvel que detém, recusando então a sua obrigação de restituição do mesmo após o fim do contrato (art. 1038º, al i) CC), exige-se a existência de um crédito de que o senhorio seja devedor face ao arrendatário e que esse mesmo crédito tenha resultado de despesas realizadas pelo inquilino no imóvel ou de danos ocorridos no mesmo em prejuízo daquele, sendo igualmente necessário que se encontrem preenchidos os requisitos legalmente fixados nos art. 756º e 757º CC para que o arrendatário goze desta garantia real.

Sendo equiparado a um credor hipotecário por ter na sua detenção um bem imóvel, conforme o disposto no art. 759º CC, é-lhe facultada, de acordo com o nº 1 do mesmo artigo, a possibilidade de executar o prédio arrendado para assim obter o pagamento do seu crédito através do produto da venda do imóvel, com preferência em relação aos demais credores, nos termos do nº 2 da referida norma, prevalecendo o seu direito mesmo que esteja em causa uma hipoteca anteriormente constituída e registada, excepcionando-se o caso de um dos credores se encontrar assegurado por um privilégio imobiliário, razão pela qual prevalecerá este último em detrimento do direito de retenção do arrendatário, mesmo que esta garantia tenha sido constituída anteriormente, conforme dispõe o art. 751º CC.

Na medida em que a retenção consiste numa garantia real, a mesma poderá recair sobre um contrato de arrendamento enquanto mecanismo de tutela do arrendatário, permitindo-lhe a lícita rejeição do cumprimento da sua obrigação de entrega do imóvel após o término do prazo contratual, retendo o locado para si até que lhe seja satisfeito o crédito de que é devedor aquele que exige a entrega do mesmo, nomeadamente, o senhorio. Conforme se extrai da análise da doutrina e jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores, o exercício do *ius retentionis* enquanto meio facultado ao arrendatário para garantir a satisfação do seu crédito será legítimo quando esse mesmo crédito resultar de obras de conservação por aquele realizadas no locado ou de danos causados pelo imóvel, como é exemplo o caso de o locado ruir ou desabar.

Só assim poderá o arrendatário valer-se contra uma eventual ação de despejo intentada pelo senhorio na qualidade de proprietário do mesmo, demonstrando-se lícita a recusa do cumprimento da obrigação a que o inquilino está legalmente adstrito nos termos da al. i) do art. 1038º CC, sendo, portanto,

admissível a manutenção da detenção do locado após o término do contrato de arrendamento até que lhe seja devidamente satisfeito pelo senhorio o crédito que possui ou, em última instância, executar o imóvel para se fazer pagar do valor do crédito através do produto dessa venda.

Apesar das semelhanças entre os dois institutos jurídicos, da dificuldade sentida na distinção entre ambos e na delimitação do campo de aplicação de cada um deles, conclui-se que se tratam de figuras afins, razão pela qual a resposta face à divergência da doutrina sobre a possibilidade de, em geral, ser possível a sobreposição da exceção de não cumprimento e do direito de retenção, para assim optar pela invocação de um ou outro instituto, terá necessariamente que ser negativa, não sendo de todo concebível, pois o espectro de aplicação daqueles é diverso. Conforme já foi referido, a exceção de não cumprimento é aplicável a obrigações recíprocas e corresponsivas que derivem de um contrato sinalagmático, diferentemente do que se verifica quanto ao direito de retenção que, por sua vez, abrange relações de conexão existentes entre um determinado crédito e a coisa objeto de retenção.

No que respeita à questão da sobreposição e coexistência dos dois expedientes, é de salientar que não pode entender como sinónimos os conceitos referidos pois, para além de serem distintos, conduzem igualmente a efeitos diversos.

Conforme foi já esclarecido, a sobreposição será a faculdade de um contraente, face a certa circunstância, poder optar pelo exercício de um ou outro instituto. Já a coexistência, remete para a possibilidade de gozar de ambos os expedientes, por verificação dos pressupostos de aplicação de cada um, mas para situações diversas de uma mesma relação.

Em relação à hipótese de sobreposição dos institutos quando se está perante um contrato de arrendamento urbano, é de concluir pela impossibilidade de tal situação, não sendo admissível ao arrendatário optar por um em detrimento do outro, na medida em que o exercício de cada um deles respeita a obrigações e a momentos contratuais distintos. Isto é, enquanto que, no exercício da *exceptio* o arrendatário recusa o pagamento da renda durante a execução contratual, na *retentio*, este recusa a entrega do locado, após o fim do período contratual.

De igual modo se conclui pela impossibilidade de coexistência da exceção de não cumprimento e do direito de retenção, não podendo também o

arrendatário invocar simultaneamente os dois expedientes enquanto meios conducentes a impedir a procedência de uma ação intentada pelo senhorio, pois o exercício de um dos institutos e posterior invocação do outro anularia toda e qualquer função do primeiro.

Se o arrendatário viesse a invocar a exceção de não cumprimento, que tem por efeito a suspensão de uma obrigação até à realização simultânea da obrigação recíproca e, viesse ainda a exercer o direito de retenção, por hipótese, devido a ter sido este último a efetuar obras no locado imputáveis ao senhorio, por não ter sido restituído do valor despendido com as mesmas, retiraria todo o efeito prático da *exceptio*, pois estaria a fundamentar de forma inadequada a invocação do direito de retenção com o fundamento da não realização de benfeitorias no imóvel pelo senhorio, para se opôr à resolução do contrato de arrendamento e conseqüente despejo do imóvel por falta de pagamento das rendas.

Face ao exposto, a conclusão que se pode retirar de toda a análise da problemática em causa, circunscreve-se à impossibilidade jurídica de harmonização de ambos os institutos num mesmo caso concreto no âmbito de um contrato de arrendamento urbano, razão pela qual o arrendatário não poderá valer-se da exceção de não cumprimento e posteriormente do direito de retenção face ao incumprimento do senhorio, deixando assim de pagar a renda devida durante a execução do contrato e ainda pretendendo reter o imóvel por si arrendado, após a cessação do mesmo.

Bibliografia citada

- Abrantes, J. (1986). *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português : Conceito e Fundamento*. Coimbra: Almedina.
- Almeida Costa, M. (1991). *Direito das Obrigações* (5ª ed., revista e atualizada). Coimbra: Almedina.
- Almeida Ribeiro, J. (1948). Natureza Jurídica do Direito do Arrendatário. *ROA*, n.º 1 e 2, pp. 167-200.
- Antunes Varela, J. (2015). *Das Obrigações em Geral* (Reimpressão da 7ª Edição de 1997, Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Aragão Seia, J. (1996). *Arrendamento Urbano : Anotado e Comentado* (2ª ed., Revista e Atualizada). Coimbra: Almedina.
- Aragão Seia, J. (2003). *Arrendamento Urbano* (7ª ed., revista e atualizada). Coimbra: Almedina.
- Calvão da Silva, J. (1997). *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Carvalho Júnior, A. (Fevereiro de 2013). O direito de retenção nos casos em que o credor e o proprietário da coisa são pessoas diferentes. *Verbo Juridico*, pp. 2-15.
- Galvão Telles, I. (1974-1987). O Direito de Retenção no Contrato de Empreitada. *O Direito*, n.º 106º-109º, pp. 13-34.
- Garcia da Fonseca, M. (1950). Existência no Direito Português do Direito de Retenção como Instituto de Carácter Geral. *ROA*, ano 10º, nº 1 e 2, pp. 372-397.
- Gravato Morais, F. (2010). *Falta de Pagamento da Renda no Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina.
- Júlio Gomes. (Julho-Setembro de 2005). Do Direito de Retenção (arcaico, mas eficaz...). *Cadernos de Direito Privado*, nº 11, pp. 3-25.
- Menezes Cordeiro, A. (2014). *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*. Coimbra: Almedina.
- Menezes Cordeiro, A. (2015). *Tratado de Direito Civil X : Direito das Obrigações. Garantias*. Coimbra: Almedina.
- Menezes Cordeiro, A. (2016). *Tratado de Direito Civil IX : Direito das Obrigações. Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção* (2ª ed., totalmente revista). Coimbra: Almedina.

- Menezes Leitão, L. (2011). *Direito das Obrigações : Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito* (8ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2012). *Garantia das Obrigações* (4ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2014). *Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina.
- Oliveira, N. (2011). *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pereira de Abreu, C. (1998). *O Direito de Retenção como Garantia Imobiliária das Obrigações*. Porto: ELCLA.
- Pestana de Vasconcelos, L. (2010). *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina.
- Pinto Furtado, J. H. (2009). *Manual do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina.
- Pinto Furtado, J. H. (2011). *Manual do Arrendamento Urbano* (5ª ed., atualizada, Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Pires de Lima, F., & Antunes Varela, J. (1987). *Código Civil Anotado* (4ª ed., revista e atualizada). Coimbra: Coimbra Editora.
- Rocha Coelho, M. (Julho-Dezembro de 2012). O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção. *Data Venia*, Ano 1, nº 01, pp. 151-177.
- Rocha, F. (2010). Da Retenção sobre Coisa de Terceiro e sobre Coisa Própria. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, II*, nº 1 e 2, pp. 573 - 644.
- Romano Martinez, P. (2001). *Direito das Obrigações (Parte Especial) : Contratos* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Romano Martinez, P., & Fuzeta da Ponte, P. (2006). *Garantias de Cumprimento* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Salvador da Costa. (1998). *O Concurso de Credores*. Coimbra: Almedina.
- Santos Justo, A. (2012). *Direitos Reais* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Taveira da Fonseca, A. (2015a). *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito : Em Especial na Exceção de Não Cumprimento, no Direito de Retenção e na Compensação*. Coimbra: Almedina.
- Taveira da Fonseca, A. (Abril de 2015b). *Direito de Retenção e Tipicidade dos Direitos Reais*. Obtido de Católica Research Centre: <http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/Centro/Talk.pdf>
- Vaz Serra, A. (1957a). Direito de Retenção. *BMJ*, n.º 65, pp. 103-259.
- Vaz Serra, A. (1957b). Exceção de Contrato Não Cumprido (Exceptio Non Adimpleti Contractus). *BMJ*, n.º 67, pp. 17-181.

Vicente Loff. (1949). Das Benfeitorias no Arrendamento e da sua Garantia pela Retenção.
ROA, Vol. I, ano 9, nº 1 e 2. pp. 168-185.

Jurisprudência citada

Tribunal Constitucional

Ac. do TC n° 594/03 da 1ª Secção de 3.12.2003, Processo n° 754/00

Ac. do TC N° 356/04 da 2ª Secção de 19.05.2004, Processo n° 606/2003

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 31.01.1956, processo n° 56.384, *in BMJ*, n° 53, Fevereiro/1956

Ac. do STJ, de 27.11.1997, Processo 97B597, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ de 21.05.1998, Revista n° 441-98 – 1ª Secção

Ac. do STJ de 25.11.1999, Agravo n° 800/99 – 7ª Secção

Ac. do STJ de 13.01.2000, Agravo n° 1048/99 – 2ª Secção

Ac. do STJ de 23.09.2004, processo 04B2093, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ, de 21.02.2006, Processo 05A3593, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ de 12.09.2006, processo 062136, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ de 5.12.2006, Processo 06A2299, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ de 13.09.2007, processo 07B2256, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ de 30.09.2010, processo 341/08.9TCGMR.G1.S2, *in www.dgsi.pt*

Ac. do STJ de 25.10.2011, Processo 23239/08.6YYLSB.L1.S1, *in www.dgsi.pt*

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. do TRC de 18.07.2006, Processo 1878/06, *in www.dgsi.pt*

Ac. do TRC de 1.06.2010, processo 827/06.0TBFIG.C1, *in www.dgsi.pt*

Ac. do TRC, de 13.09.2011, Processo 458/07.7TBTND.C1, *in www.dgsi.pt*

Ac. do TRC de 22.05.2012, Processo 3536/10.1TJCBR-A.C1

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. do TRL, de 26.3.2009, Processo 5983/06.4TVLSB-6, *in www.dgsi.pt*

Ac. do TRL de 4.02.2010, processo 5703/09-6, *in www.dgsi.pt*

Ac. do TRL de 4.04.2014, Processo 680/2002.L2-6, *in www.dgsi.pt*

Ac. do TRL de 3.07.2014, Processo 949/10.2TVLSB.L1-8

Tribunal da Relação do Porto

Ac. do TRP de 12.10.2009, processo 237/09.0TBMTS.P1, *in www.dgsi.pt*