

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO**

NAHOME BELÉ CAMUNATE CIDADE

**A Oponibilidade do Direito de Retenção do
Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do
Terceiro Originário dono da obra**

**TETE
2024**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO**

NAHOME BELÉ CAMUNATE CIDADE

**A Oponibilidade do Direito de Retenção do
Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do
Terceiro Originário dono da obra**

Dissertação apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Civil.

**TETE
2024**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO**

NAHOME BELÉ CAMUNATE CIDADE

**A Oponibilidade do Direito de Retenção do
Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do
Terceiro Originário dono da obra**

APROVADA EM ____ / ____ / ____

AVALIAÇÃO: _____

BANCA DO JÚRI

(Presidente da mesa)

(Examinador)

(Examinador)

Phd. Jacques Kazadi
(Orientador)

ESTUDANTE

Nahome Belé Camunate Cidade

ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE	i
DEDICATÓRIA	ii
AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	iv
ABSTRACT	v
SIGLAS E ABREVIATURAS	vi
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – METODOLOGIA DE ESTUDO.....	5
1.1. Nota Introdutória.....	5
1.2. TIPOS DE PESQUISA	5
1.2.1. Quanto a natureza.....	5
1.2.2. Quanto à abordagem	5
1.2.3. Quanto aos objectivos	6
1.2.4. Quanto aos Procedimentos Técnicos.....	7
1.3. MÉTODO DE PESQUISA	7
1.3.1. Quanto ao método de abordagem.....	7
1.3.2. Quanto ao método de procedimento	8
CAPÍTULO II – DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS	9
1.1. DIREITO DE PROPRIEDADE.....	9
1.1.1. Noção de Direito de Propriedade	9
1.1.2. Conteúdo do Direito de Propriedade “Poderes do Proprietário”	11
1.1.3. Características do Direito Propriedade.....	13
1.2. DOS CONTRATOS DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA.....	17
1.2.1. Noção Geral do Contrato de Empreitada	17

1.2.2. Sujeitos do Contrato de Empreitada.....	18
1.3. Contrato de Subempreitada.....	19
1.3.1. Conceito de Contrato de Subempreitada.....	19
1.3.2. Admissibilidade do Contrato de Subempreitada.....	20
1.3.3. O Contrato de Subempreitada e Figuras afins.....	21
1.4. AS GARANTIAS REAIS E O DIREITO DE RETENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO	23
1.4.1. Noção de Garantia da Obrigação	23
1.4.2. Garantia Geral da Obrigação	24
1.4.3. Garantias Especiais da Obrigação.....	26
1.4.3.1. Garantia Pessoal.....	27
1.4.3.2. Garantias Reais.....	27
1.4.4. Direito de Retenção.....	28
1.4.4.1. Noção do Direito de Retenção	28
1.4.4.3. Regime Jurídico do Direito de Retenção.....	29
1.4.4.2. Espécies do Direito de Retenção.....	30
1.4.4.4. Pressupostos do Direito de Retenção	32
CAPÍTULO III – ANÁLISE DA Oponibilidade do Direito de Retenção do Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do Terceiro Originário dono da obra	36
3.1. Nota Introdutória da Problemática.....	36
3.2. O Direito de Retenção do Empreiteiro face ao Dono da Obra	36
3.2.1. Tese negativa	37
3.2.2. Tese Positiva.....	37
3.2.3. Nossa Posição à adoptar.....	39
3.3. Direito de Retenção do Subempreiteiro sobre a obra face ao Dono da obra	39

3.3.1. Tese negativa.....	40
3.3.2. Tese intermédia.....	40
3.3.3. Tese Positiva.....	41
3.3.4. Nossa Posição à adoptar.....	43
CONCLUSÕES.....	46
SUGESTÕES.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

Eu NAHOME BELÉ CAMUNATE CIDADE, estudante n° 702220269, autor do trabalho final de Mestrado, submetido à Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, intitulado “A Oponibilidade do Direito de Retenção do Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do Terceiro Originário Dono da Obra” orientado pelo Phd. Jacques Kazadi, declaro ser o autor deste trabalho original, que não foi antes submetido a outra instituição para efeitos de obtenção de grau. Declaro ainda que todas as fontes de informação usadas nesta dissertação foram devidamente referidas.

Tete aos 21 de Março de 2024

Nahome Belé Camunate Cidade

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a toda minha Família, que foram verdadeiros companheiros nessa jornada académica e em especial dedico esse trabalho, com muito amor e gratidão, ao meu tutor e patrono, Nelson Johane Vilanculos Laita, que não mediu esforços para me apoiar de todas as formas possíveis nesse percurso académico.

AGRADECIMENTOS

Como sabiamente referiu Helen Keller, “sozinhos, pouco podemos fazer; juntos, podemos fazer muito.” Pois bem, as breves palavras que trago nesta nota não são suficientes para exprimir o meu mais sincero agradecimento a cada pessoa que me acompanhou neste percurso.

Em primeiro lugar agradeço a DEUS, que pela sua graça me manteve vivo com as forças necessárias para realizar este estudo e que foi um verdadeiro guia nessa jornada.

E em segundo lugar agradeço aos meus pais, Belé Camunate e Victoria Ribeiro, meus maiores exemplos, e aos meus irmãos, Helder, Neyma, Ageu e Sofanias. Pelo apoio incondicional, por viverem comigo cada dia de esforço e vitória.

Ao meu tutor e patrono Nelson Johane Vilanculos Laita, pela amizade, seriedade e pelas lições pessoais e profissionais nesses anos de convívio e pela bolsa de estudos e auxílio financeiro que possibilitou a dedicação integral a este programa de mestrado;

Agradeço também a minha avó, Hortência, pelos exemplos de retidão e carácter que traz à minha vida. Agradeço a todos os familiares, que fazem parte de quem sou hoje. Agradeço aos amigos que participam de cada etapa importante dessa caminhada.

Agradeço ainda especialmente ao meu orientador, Dr. Jacques Kazadi, por todo o conhecimento e experiência compartilhados. Meus agradecimentos também a todo o grupo de colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, que possibilitam diariamente o apoio perfeito aos períodos de estudos nas salas de aula e biblioteca.

Agradeço imensamente aos meus amigos e irmãos que pude conhecer nessa jornada de formação, Mano Luther Claumildo Laita e Mana Cláudia Rodrigues de Oliveira, pelo todo apoio que me deram durante esse percurso de formação.

Também agradeço aos meus amigos, em especial Domingos Adany e minhas queridas amigas Belvina Manuel Buene, Luísa Benício Paruque e Maurícia Pedro Lembe, que durante a elaboração do trabalho sempre me motivaram e apoiaram.

RESUMO

A presente dissertação tem como tema “*A Oponibilidade do Direito de Retenção do Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do Terceiro Originário Dono da Obra*”. Este trabalho tem como principal objectivo analisar o Direito de Retenção do Subempreiteiro contra o empreiteiro, oponível a Terceiro, originário dono da obra. A problemática que a presente dissertação pretende discutir assenta no facto de saber, se perante uma situação de incumprimento parcial ou total da obrigação principal da subempreitada, de pagar o preço da obra pelo empreiteiro, realizada pelo subempreiteiro, poderá ser reconhecido o exercício legítimo do direito de retenção por este sobre a obra como forma de garantir o cumprimento da obrigação? Para a elaboração do presente trabalho foram aplicadas as seguintes opções metodológicas: a pesquisa é básica, quanto a finalidade e qualitativa, quanto a abordagem; também é explicativa, quanto aos objectivos e é bibliográfica e documental no que diz respeito aos procedimentos técnicos. Outrossim, o método aplicado para a elaboração do presente trabalho é o método jurídico através da hermenêutica jurídica. Com a presente pesquisa pretendemos dar um contributo para a compreensão do Direito de retenção enquanto uma garantia dentro uma relação jurídica contratual entre o Empreiteiro e o Subempreiteiro face aos Direitos do Terceiro, o dono da obra, objecto da relação jurídica contratual. Entretanto, tendo em atenção o desenvolvimento do presente estudo, chegou-se a conclusão de que, o nosso Código Civil no seu artigo 754º, pelos pressupostos aí patente, admite o exercício do Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra do terceiro, enquanto não lhe for pago o preço pelo empreiteiro, querendo isto dizer que, o exercício do Direito de retenção do subempreiteiro esta condicionado ao preenchimento dos requisitos indicados no artigo 754º do C. Civil.

Palavras-chave: Direito, Propriedade; retenção, Empreitada, Oponibilidade; Subempreitada.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is "The Opposability of the Subcontractor's Right of Retention in the Face of the Property Right of the Original Third-Party Owner of the Work". The main aim of this work is to analyze the subcontractor's right of retention against the contractor, which is enforceable against the third party, the original owner of the work. The problem that this dissertation aims to discuss is whether, in the event of a partial or total breach of the main obligation of the subcontract, to pay the price of the work by the contractor, carried out by the subcontractor, the legitimate exercise of the right of retention by the subcontractor over the work can be recognized as a way of guaranteeing compliance with the obligation? With this research we intend to make a contribution to understanding the Right of Retention as a guarantee within a contractual legal relationship between the Contractor and the Subcontractor vis-à-vis the Rights of the Third Party, the owner of the work, the object of the contractual legal relationship. In the meantime, taking into account the development of this study, we have come to the conclusion that our Civil Code in its Article 754°, by the assumptions set out therein, admits the exercise of the subcontractor's right of retention on the work of the third party, while the price has not been paid by the contractor, meaning that the exercise of the subcontractor's right of retention is conditional on the fulfillment of the requirements set out in Article 754° of the Civil Code. Finally, it should be noted that the methodological options applied to this work are as follows: the research is basic in terms of purpose and qualitative in terms of approach; it is also explanatory in terms of objectives and bibliographical and documentary in terms of technical procedures. Furthermore, the method applied to prepare this work is the legal method through legal hermeneutics.

Keywords: Rights, Property; retention; Contract work; Opposability; Subcontract work.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

C. Civil - Código Civil

C.C. - Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRM - Constituição da República de Moçambique

Dec. – Decreto

Dec.-Lei – Decreto-Lei

Ed. – Edição

Etc. – *Et coetra*

N.º - Número

Pag. – Página

Pags. – Páginas

Profs. – Professor

Segs. – Seguintes

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

A temática escolhida para a presente dissertação é “*A Oponibilidade do Direito de Retenção do Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do Terceiro Originário Dono da Obra*”.

A presente pesquisa cingisse em fazer um estudo sobre o efeito absoluto do Direito de Retenção, enquanto uma garantia real, tendo como base de estudo o regime jurídico do Direito de retenção consagrados nos artigos 754.º a 761.º do Código Civil vigente, no intuito dê-se poder proceder uma análise referente a possibilidade da existência de um Direito de retenção ao subempreiteiro pelo incumprimento contratual do empreiteiro face ao direito de Propriedade do Terceiro Originário Dono da Obra.

Assim como qualquer pesquisa é fundamental que se proceda a delimitação da área de estudo da temática apresenta, o que permitirá uma análise mais concreta e profunda do objecto de estudo, sob pena de ser uma investigação sem fronteiras e vaga. Por assim ser, a problemática dos efeitos do Direito de Retenção, objecto de estudo da presente dissertação, no contexto do Direito é multidisciplinar, sendo que, em termos de sistemática jurídica, esta abordagem tem escopo circunscrito fundamentalmente nas seguintes áreas: nos Direitos Reais no que tange ao próprio de Direito de Retenção, que constitui uma garantia real e no Direito das Obrigações, referente as relações contratuais de empreitada e subempreitada.

O problema de pesquisa que nos propomos a analisar na presente dissertação assenta no facto de que, o nosso ordenamento jurídico no seu artigo 754º do Código Civil consagra como garantia das obrigações, o Direito de retenção, que é uma faculdade legal atribuída ao credor de reter uma determinada coisa e bloquear as suas utilidades, no entanto, o exercício desse Direito enquanto uma garantia real do credor, pode ser confrontado com uma situação jurídica em que coloca em causa o exercício de outro Direito real, o Direito de propriedade, num cenário em que a coisa retida pelo credor não pertencer realmente ao devedor mais sim a uma terceira pessoa estranha ao facto gerador da garantia, por ser este proprietário da coisa retida, na qual lhe será perturbado o livre exercício da coisa retida.

Tal conflito de Direito constata-se quando estamos perante uma relação jurídica de subempreitada, onde procura-se saber se o subempreiteiro terá ou o direito de

retenção sobre a obra do terceiro, o dono da obra, em caso de incumprimento parcial ou total da obrigação principal de pagar o preço da subempreitada pelo empreiteiro.

Na relação jurídica de subempreitada é *conditio sine qua non* a existência prévia de uma relação jurídica de empreitada, celebrada entre o empreiteiro e o dono da obra.

No entanto, o Código Civil em vigor confere ao empreiteiro a liberdade de poder escolher a forma e os meios adequados a empregar no cumprimento da obrigação assumida perante ao dono da obra, querendo isto dizer que o empreiteiro na execução do contrato de empreitada pode livremente sem necessidade da autorização do dono da obra celebrar contrato de subempreitada, passando a execução do contrato a um terceiro, o subempreiteiro, entre o empreiteiro e o dono da obra.

O artigo 1213.º, n.º 1 do C. Civil, define a subempreitada como o contrato pelo qual um terceiro se obriga para como empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela.

Com isso, facilmente compreendemos que no contrato de subempreitada estamos perante um subcontrato, que deriva e esta subordinado ao contrato de empreitada, onde o empreiteiro assume a posição de dono da obra e o subempreiteiro assume a posição de empreiteiro, estando este obrigado a executar o contrato nos termos inicialmente celebrado no contrato de empreitada.

Querendo isto dizer que na empreitada são partes o empreiteiro e o dono da obra, sendo o subempreiteiro um terceiro nessa relação e na subempreitada são contraentes o empreiteiro e o subempreiteiro, sendo também terceiro estanho a esta relação o dono da obra, sendo que não existe algum vínculo directo e imediato que ligue o dono da obra ao subempreiteiro.

Face a isso, sendo o dono um terceiro estranho e titular do Direito de propriedade sobre a obra no contrato de subempreitada, importa saber se perante um incumprimento parcial ou total da obrigação de pagar o preço do empreiteiro ao subempreiteiro, goza este o Direito de retenção sobre a obra do terceiro dono da obra.

Diante disso surge a turbulenta questão: ***Será que pode ser reconhecido o Direito de retenção ao subempreiteiro pelo incumprimento contratual do empreiteiro face ao direito de Propriedade do Terceiro Originário Dono da Obra?***

A escolha do presente tema de pesquisa prende-se na ambição de provocar uma maior discussão sobre o Direito de Retenção, buscando aqui dissertar sobre a possibilidade de reconhecer o Direito de Retenção ao Subempreiteiro de reter a obra do terceiro, proprietário dono da obra, face uma situação clara de inadimplemento da obrigação pelo empreiteiro, de pagar o preço ao subempreiteiro pela prestação do serviço na construção da obra.

Para além da actualidade da problemática aqui apresentada, o outro motivo determinante na seleção da presente temática assenta na abrangência do assunto em questão, sendo que, é grande o número de pessoas que é abrangidas pelo presente tema de pesquisa, entre eles, temos as pessoas que prestam os serviços de empreitada e subempreitada, pois a realidade da contratação de empreiteiros e subempreiteiros esta em grande demanda no nosso país, contudo, o presente estudo não releva apenas para os empreiteiros ou subempreiteiros mais também para os contratantes, que pode ser qualquer pessoa e é o possível terceiro prejudicado nessa relação, sendo este o dono da obra. Desse modo, a partir dessa realidade, está formado um território propício para situações conflituosas entre o subempreiteiro e o terceiro dono da obra pelo incumprimento do empreiteiro.

Na perspectiva de buscarmos algumas soluções que possam responder o problema de pesquisa aqui apresentado, formulamos algumas hipóteses que nortearão o desenvolvimento da presente pesquisa, com efeito, são elas as seguintes:

- a) Pelo incumprimento do contrato de subempreitada pelo empreiteiro confere ao subempreiteiro o Direito de retenção sobre a obra do Terceiro em consequência do efeito absoluto do próprio Direito de Retenção enquanto uma garantia real.
- b) A inexistência do Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra do terceiro pelo incumprimento do contrato de subempreitada pelo empreiteiro, pelo facto desse direito real não ter efeitos absolutos.

A presente dissertação tem como objectivo geral analisar o Direito de Retenção do Subempreiteiro contra o empreiteiro, oponível a Terceiro, originário dono da obra.

De modo com que este objectivo seja alcançado foram traçados os seguintes objectivos específicos:

- a) Fazer um enquadramento legal do Direito de Propriedade e do contrato de empreitada e subempreitada;
- b) Descrever os contornos legais e doutrinários do Direito de retenção;
- c) Examinar os pressupostos legais e os efeitos do Direito de retenção enquanto uma garantia real.

Com a presente dissertação pretendemos dar um contributo para a compreensão do Direito de retenção enquanto uma garantia dentro uma relação jurídica contratual entre o Empreiteiro e o Subempreiteiro face aos Direitos do Terceiro, o dono da obra, objecto da relação jurídica contratual. Para isso, estruturámos a nossa reflexão em quatro capítulos.

Sem querer se afastar das normas que regem a elaboração da dissertação, o primeiro capítulo será de metodologia de pesquisa, assim como mandam as regras, onde vai se debruçar sobre os métodos de pesquisas seleccionados para o melhor desenvolvimento da presente pesquisa.

O segundo capítulo será das considerações gerais, o de marco teórico, que versará sobre o instituto da propriedade e contrato de empreitada e subempreitada, onde se analisará, com algum pormenor, os seus regimes jurídicos.

O terceiro capítulo consistirá, essencialmente, no estudo sobre Direito de Retenção e seus efeitos perante a terceiros no Direito Moçambicano.

O capítulo seguinte, o último capítulo tem como propósito debater e procurar as melhores respostas face a questão de partida, de saber se o subempreiteiro terá ou não o Direito de Retenção da obra do terceiro, dono da obra, pelo incumprimento contratual do empreiteiro.

E por último, o trabalho será constituída por principais referências bibliográficas como elemento pós textual.

CAPÍTULO I – METODOLOGIA DE ESTUDO

1.1. Nota Introdutória

Todo e qualquer pesquisador tem antes de mais nada, o desafio de seleccionar os (s) método (s) de pesquisa e a estratégia de pesquisa mais adequado para desenvolver o seu problema de pesquisa.

Neste diapasão, face a este desafio inicial de selecção de métodos de pesquisa iremos neste capítulo de metodologia, apresentar as opções metodológicas que foram adoptados no presente estudo.

O presente capítulo será estruturado em duas (2) partes, onde na primeira parte ira incidir sobre os tipos de pesquisa tendo em conta os quatro (4) critérios de seleção dos tipos de pesquisa. E na segunda parte vai debruça-se sobre os métodos de pesquisa quanto a abordagem e quanto ao procedimento técnico.

Contudo, importa destacar que as opções metodológicas aqui seleccionadas e apresentadas são aquelas que melhor reflectem a nossa forma de pensar de modo a conseguir apresentar as melhores soluções face ao problema de pesquisa de que propomos a discutir nessa dissertação.

1.2. TIPOS DE PESQUISA

1.2.1. Quanto a natureza

Atendendo ao facto de que o problema apresentado na presente pesquisa se trata de um estudo jurídico cujo as soluções dos problemas só são alcançáveis através de um estudo bibliográfico e meramente teórico, claro fica que o tipo de pesquisa adoptado é básica, sendo que, esse tipo de pesquisa visa “gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista¹”.

1.2.2. Quanto à abordagem

Quanto a este critério o tipo de pesquisa que se enquadra para o desenvolvimento do tema é a pesquisa qualitativa que segundo o Prof. GIL, "em sentido

¹ PRODANOV, Cleber Cristiano e FREITAS, Ernani Cesar de, *Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*, 2ª edição, Universidade Feevale, Rio Grande do Sul – Brasil, 2013, Pág. 51.

amplo, a pesquisa qualitativa pode ser definida como uma metodologia que produz dados a partir de observações extraídas diretamente do estudo de pessoas, lugares ou processos com os quais o pesquisador procura estabelecer uma interação directa para compreender os fenómenos estudados²".

Portanto, esse tipo de pesquisa tende a responder questões do tipo como e porquê. É neste sentido que se percebe que o tema de pesquisa se enquadra melhor nesse tipo de pesquisa, partindo da premissa de que o tema versa sobre o Direito de Retenção enquanto uma garantia real que assiste ao credor de modo a garantir a satisfação do seu crédito. Nessa pesquisa buscamos apresentar as razões pela qual entendemos que o subempreiteiro enquanto credor inicial do empreiteiro deve ter o Direito de retenção sobre a obra pela qual ele prestou os serviços, mesmo pertencente a um terceiro sujeito fora da relação contratual de subempreitada, como forma de ver seu o crédito satisfeito assim como o empreiteiro goza dessa garantia face ao dono da obra.

1.2.3. Quanto aos objectivos

Com base nesse critério de pesquisa o tipo de pesquisa aplicado é a pesquisa explicativa que têm como preocupação central identificar os factores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenómenos³.

Ensina PRODANOV e FREITAS, que a pesquisa explicativa aplica-se quando o pesquisador procura explicar os porquês das coisas e suas causas, por meio do Registro, da análise, da classificação e da interpretação dos fenómenos observados⁴. Visa a identificar os factores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenómenos; “aprofunda o conhecimento da realidade porque explica a razão, o porquê das coisas⁵.”

O presente tema enquadra-se nesse tipo de pesquisa visto que ele tende primeiro a aprofundar a realidade referente ao Direito de retenção enquanto uma garantia real prevista no Direito civil moçambicano e segundo visa explicar o porquê é que o Direito de

² GIL, Antônio Carlos, *Como Elaborar Projectos de Pesquisa*. 4ª edição, Editora Atlas S.A. São Paulo. 2002. Pag. 41.

³ RUIZ, João Álvaro, *Metodologia científica: guia para a eficiência nos estudos*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996, Pag. 42.

⁴ PRODANOV, Cleber Cristiano e FREITAS, Ernani Cesar de, *Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*, 2ª edição, Universidade Feevale, Rio Grande do Sul – Brasil, 2013, Pág. 53.

⁵ GIL, Antônio Carlos, *Como Elaborar Projectos de Pesquisa*. 4ª edição, Editora Atlas S.A. São Paulo. 2002. Pag. 28.

Retenção é oponível a terceiros e o porque o Subempreiteiro deve ter o Direito de retenção, isso através da análise e interpretação dos pressupostos gerais exigidos no Código Civil, no artigo 754º e seguintes, para a constituição do Direito de Retenção.

1.2.4. Quanto aos Procedimentos Técnicos

No que tange a este critério de pesquisa é uma pesquisa bibliográfica e documental, sendo que, a bibliográfica “aquela desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos⁶”.

Segundo GIL, a principal diferença entre a pesquisa bibliográfica e documental é a natureza das fontes de ambas as pesquisas. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições de vários autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental baseia-se em materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa⁷.

Tendo em consideração ao tipo de fontes que serão utilizados na elaboração do trabalho, esses tipos de pesquisa é a que melhor que se adequa, visto que no desenvolvimento do presente tema de pesquisa serão usadas as seguintes fontes de pesquisas: o Código Civil Moçambicano; os Manuais do Direito Civil, concretamente os de Direito das Obrigações e Direitos Reais, com primazia aos manuais da génese Moçambicana e Portuguesa; teses como fonte secundarias e entre outras fontes.

1.3. MÉTODO DE PESQUISA

1.3.1. Quanto ao método de abordagem

No método de pesquisa de abordagem foi empregue o método dedutivo, que de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica⁸. “Parte de princípios

⁶ GIL, Antônio Carlos, *Como Elaborar Projectos de Pesquisa*. 4ª edição, Editora Atlas S.A. São Paulo. 2002. Pag. 44.

⁷ GIL, Antônio Carlos, *Como Elaborar Projectos de Pesquisa*. 4ª edição, Editora Atlas S.A. São Paulo. 2002. Pag. 45.

⁸ PRODANOV, Cleber Cristiano e FREITAS, Ernani Cesar de, *Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*, 2ª edição, Universidade Feevale, Rio Grande do Sul – Brasil, 2013, Pág. 27.

reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica⁹.”

Este é o método de pesquisa de abordagem adequado para a elaboração deste trabalho do final do curso, visto que a análise deste tema inicia-se de uma premissa maior ou geral que é o instituto do Direito de retenção como uma garantia real de crédito para podermos chegar uma conclusão particular ou a uma premissa menor que é o reconhecimento do Direito de retenção a um cenário único e específico, nesse caso, o Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra do terceiro, o dono, pelo incumprimento contratual do empreiteiro.

1.3.2. Quanto ao método de procedimento

Quanto ao método de procedimento, foi utilizado o método hermenêutico que “é a metodologia da interpretação, o seja, dirige-se a compreender formas e conteúdos da comunicação humana, em toda a sua complexidade e simplicidade. A ciência hermenêutica não só estabelece os factos, mas também interpreta o sentido das intenções ou das acções”¹⁰. No presente estudo, o método hermenêutico, foi empregue como o método principal, sendo que, este método foi aplicado na interpretação das normas jurídicas referentes ao Direito de retenção e nas normais jurídicas que nos permitiram chegar as melhores soluções da presente pesquisa.

⁹ GIL, Antônio Carlos, *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, Pág. 9.

¹⁰ CARVALHO, J. Eduardo, *Metodologia de trabalho Científico - “saber-fazer” da investigação para dissertações e teses*, Lisboa, Escolar Editora, 2009, Pág. 105.

CAPÍTULO II – DAS CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1. DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1.1. Noção de Direito de Propriedade

Assim como a maior parte dos Códigos Civis vigentes nos demais ordenamento jurídico não apresentam a definição legal do Direito de Propriedade, o nosso Código Civil não configura alguma exceção, também não definiu o conceito de propriedade, apenas se limitou a apresentar os poderes ou o conteúdo do Direito de Propriedade, isso no artigo 1305º do C. Civil

O Código Civil pátrio apenas enuncia os poderes do proprietário nos dizeres do artigo 1305º “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas¹¹”.

É unanime a posição (defendida por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO¹², CLEYSON DE MORAES, MENEZES LEITÃO¹³, CUNHA GONÇALVES e ÁLVARO MORREIRA¹⁴) que considera o Direito de Propriedade o Direito Real mais completo e ilimitado, isto porque a estrutura dos Direitos reais gravita em torno do instituto jurídico da propriedade.

No entanto, a doutrina não é unanime quanto a definição do Direito de Propriedade, razão pela qual, são numerosas as definições doutriniais desse Direito, passaremos a apresentar algumas delas.

Segundo PONTES DE MIRANDA, propriedade “é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas. Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a

¹¹ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de Novembro de 1966, *Código Civil*, In Boletim da Republica, I Série Nº? de 25 de Novembro de 1966.

¹² ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: reais*. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009.

¹⁴ MORREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos, *Direitos Reais*. Almedina, Coimbra, 2009.

propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só do domínio”¹⁵.

Para CLÓVIS BEVILÁQUA, a propriedade, “é o poder de dispor, arbitrariamente, da substância e das utilidades de uma coisa, com exclusão de qualquer outra pessoa¹⁶”.

CUNHA GONÇALVES entende que a propriedade “é uma relação de direito pela qual uma coisa, havida como pertencente a certa pessoa, fica sujeita complementarmente à vontade desta em tudo o que não seja proibido pelo direito público ou pela concorrência de direito alheio¹⁷”.

No entender desse mesmo autor é difícil fixar de forma rígida o conceito de propriedade, sendo que a propriedade depende de elementos temporal e espacial, razão pela, apresenta mais uma definição, considerando o “direito de propriedade como aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa certa e determinada, em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar¹⁸”.

Nas palavras do Prof. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO “a propriedade é comumente qualificada como o direito real máximo; efetivamente, é o modelo de todos os outros direitos reais¹⁹”.

LAFAYETTE ensina que o direito de propriedade, “em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário. Mas, ordinariamente, o direito de propriedade é tomado no sentido mais restrito, como compreendendo tão somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. Nesta acepção, se lhe dá mais geralmente o nome do domínio, consagrado por monumentos legislativos antiquíssimos e de significação mais

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, Pág. 9.

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. V. 1. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976, Pág. 1004.

¹⁷ CUNHA GONÇALVES, Luiz da, *Tratado de Direito Civil*. Volume XI. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1958, Pág. 207-208.

¹⁸ CUNHA GONÇALVES, Luiz da, *Tratado de Direito Civil*. Volume XI. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1958, Pág. 207-208.

¹⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: reais*. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, Pág. 443

espiritual e característica. Domínio é o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios²⁰”.

Segundo MENEZES LEITÃO, o Direito de Propriedade, “é um direito real pleno e exclusivo, o que é dizer, é a afectação jurídico-privada de uma coisa corpórea, em termos plenos e exclusivos, aos fins de pessoas individualmente consideradas ou, se preferir, a permissão normativa, plena e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea²¹”.

Perante todas essas definições de Direito de Propriedade conseguimos formular uma definição de Direito de Propriedade que nos parece ser simples e esclarecedora, sendo assim, entendemos que o direito de propriedade é um direito real pleno e ilimitado, que uma pessoa, quer singular ou coletiva tem sobre uma determinada coisa, podendo sobre ela decidir o uso, fruição e disposição.

Nos termos do artigo 1305º, a propriedade é vista como um direito pleno, uso, fruição e disposição dentro dos limites da Lei. O Direito de Propriedade é considerado um direito real pleno ou máximo porque é único direito real que tem os três (3) poderes completos (uso, fruição e disposição). E os demais direitos reais não tem os 3 poderes completos, ou tem 1 ou outros como tem 2, por exemplo, no usufruto ou no Direito de Superfície, os titulares desses direitos só têm o uso e a fruição sobre a coisa, isto porque só o proprietário que tem o direito de dispor da coisa.

Importa destacar que o Direito de propriedade é apenas pleno nas situações em o proprietário goza efectivamente de todos os sobre a coisa (o uso - *jus utendi*, a fruição - *jus fruendi* e a disposição - *jus abutendi*) e na falta de um destes poderes estamos perante o Direito de propriedade limitada, como nos casos em que o Proprietário cede a coisa em usufruto para uma outra pessoa, onde o usufrutuário passa a ter os poderes de uso e fruição, e o proprietário apenas fica com o poder de disposição, vendo-se limitado nos poderes de uso e fruição.

1.1.2. Conteúdo do Direito de Propriedade “Poderes do Proprietário”

O conteúdo do direito de propriedade ou os poderes do proprietário está expresso no enunciado do artigo 1305º do C. Civil, ao determinar que “O proprietário goza

²⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*. Edição histórica. Vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977, Pág. 97-98.0.

²¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009, Pág. 298.

de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas²²”.

Do enunciado no artigo 1305º do C. Civil, confere ao proprietário três poderes: o de usar, fruir e dispor da coisa. Esses poderes correspondem, respectivamente, ao *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* do direito romano.

Importa deixar uma nota importante sobre essa matéria, em alguns ordenamentos jurídicos fala-se em quatro poderes do proprietário, o de usar, gozar, dispor e reaver a coisa quando perdida a sua posse involuntariamente, como é o caso do Direito Brasileiro, que no seu Código Civil, no artigo 1.228, estabelece que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Contudo, CLEYSON DE MORAES, alerta que o poder de reaver a coisa não representa um poder do proprietário, senão um direito subjetivo, já que a coisa lhe pertence e está indevidamente em poder de outrem. Melhor dizendo: um terceiro que tem a posse ou a detenção da coisa, violando, pois, o meu direito de propriedade²³.

Nesta senda, fica claro que o conteúdo ou os poderes do proprietário são apenas três, uso, fruição e disposição.

Então o que significa esses poderes do proprietário?

O uso, significa que o proprietário poderá usar ou não a coisa em seu proveito.

Ao passo que, a fruição, significa que o proprietário poderá gozar ou usufruir da coisa, isto é, obter da coisa as suas utilidades econômicas, tais como alugando o seu imóvel ou colhendo os frutos naturais que as árvores plantadas em seu terreno possam produzir²⁴.

Por fim, a poder de dispor da coisa (*jus abutendi*) é o poder que o proprietário possuir de alienar, transferir ou gravar a coisa de ônus. O proprietário poderá, inclusive, destruir a sua coisa desde que tal acto não afronte com as demais normais vigentes no ordenamento jurídico moçambicano²⁵.

²² REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de Novembro de 1966, *Código Civil*, In Boletim da Republica, I Série Nº? de 25 de Novembro de 1966.

²³ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 143

²⁴ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 143.

²⁵ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 143.

1.1.3. Características do Direito Propriedade

Em função da natureza do Direito de propriedade como direito real ele compartilha de todas as características típicas dos direitos reais, sendo assim, o Direito de Propriedade tem como características típicas a inerência, sequela, tipicidade, publicidade e caracter absoluto – eficácia *erga omnes*.

No entanto, o direito de propriedade apresenta uma série de características próprias ou especiais, como das quais destacamos: Plenitude, elasticidade, absolutidade, perpetuidade e a indivisibilidade.

1.1.3.1. Inerência

A inerência reflete o poder imediato que o proprietário exerce sobre a coisa, ou seja, é a ligação entre a pessoa e a coisa sem dependência de outros sujeitos para existir (a ligação entre o proprietário e à coisa).

Essa característica nos permite determinar os sujeitos regulados pelo Direito real, o sujeito, titular do direito real (proprietário, possuidor, usufrutuário, etc) e a coisa onde incide o direito real do titular, o que a doutrina chama de Direito sem sujeitos.

1.1.3.2. Sequela

A sequela é uma consequência directa da inerência, é a faculdade conferida ao proprietário de poder perseguir a coisa onde quer que se encontre. TEPEDINO apresenta o seguinte exemplo: “o direito de sequela do credor hipotecário verifica-se no poder que lhe é conferido de excussão do bem, para a satisfação da dívida garantida pela hipoteca, em face do proprietário actual, em nada importando se o imóvel já fora vendido a terceiros²⁶”.

A sequela traduz a possibilidade de o direito real ser exercido sobre a coisa que constitui o seu objecto, mesmo quando na posse ou detenção de outrem, acompanhando-a nas suas vicissitudes, onde quer que se encontre.

1.1.3.3. Caracter absoluto – eficácia *erga omnes*

O caracter absoluto do Direito de propriedade traduz-se na ausência de limitações e restrições ao Direito de propriedade. Contudo, CLEYSON DE MORAES, ensina

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Pág. 158.

que, a propriedade, quanto ao seu exercício, não pode ser considerada um direito absoluto, já que ao longo do tempo vem sofrendo limitações cada vez maiores²⁷. Quanto à oponibilidade, a propriedade é um direito absoluto (*erga omnes*), já que este direito pode ser oposto a qualquer pessoa (são exercidos em face de toda a colectividade) que tenha violado o meu direito de propriedade. Daí que a propriedade gera uma obrigação negativa genérica, uma vez que todos os membros da sociedade não podem violar o direito de propriedade de outrem²⁸.

Essa característica dos Direitos reais nos permitir distinguir os Direitos reais dos direitos obrigacionais, através da distinção entre os direitos absolutos e direitos relativos. A relação jurídica relativa (relação jurídica *erga singuli*) é aquela relacionada aos direitos pessoais (credor e devedor). Neste caso, o sujeito passivo é uma pessoa ou um grupo de pessoas. A relação jurídica absoluta (relação jurídica *erga omnes*) é aquela que trata dos direitos reais, direitos autorais e direitos personalíssimos. O sujeito passivo é a coletividade, já que toda a sociedade possui o dever jurídico de não ferir o direito subjetivo do agente (direito de propriedade, direito ao nome, a vida)²⁹.

Em virtude dessa característica emerge o dever geral de respeito dos demais indivíduos fora da relação jurídica real, na qual todos os sujeitos passivos desta relação têm a obrigação passiva universal de respeitar o exercício livre do Direito de propriedade, isto é, todas as pessoas devem respeitar a coisa do titular, sem interferir no exercício dos poderes que a lei o conferi.

²⁷ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 146.

²⁸ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 146.

²⁹ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 147.

1.1.3.4. Plenitude e Exclusividade

Do artigo 1305º do Código Civil, quando estabelece que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas...” podemos tirar duas características da propriedade, que são nesse caso: a plenitude e a exclusividade.

Segundo MENEZES LEITÃO, “a plenitude é a característica pela qual a permissão normativa de aproveitamento dá coisa, na ausência de limitações ou restrições, se estende até aos confins das possibilidades jurídicas permitidas pela coisa”.

No entanto, o artigo 1305º do C. Civil, prevê a possibilidade do Direito de propriedade sofrer limitações e restrições, determinados por Lei.

A propriedade é exclusiva, já que se a coisa pertence a uma pessoa não poderá pertencer a outrem. Daí que o proprietário poderá afastar qualquer ingerência alheia a bem de sua propriedade.

No mesmo diapasão, CUNHA GONÇALVES afirma que o exclusivismo “quer dizer, a uma, que o proprietário pode opor-se a que outra pessoa tire da sua coisa qualquer vantagem não prevista na lei como restrição do seu direito, ainda que essa pessoa não lhe cause prejuízo algum. Este exclusivismo pode ser oposto, não só aos particulares, mas até ao Estado, que não pode privar o proprietário dos seus direitos numa coisa, senão expropriando-a por utilidade pública, mediante indenização. [...] A outra, o direito de propriedade de uma mesma coisa não pode pertencer por inteiro a duas pessoas distintas³⁰.

Essa característica do direito de propriedade vem refletir a grandeza desse Direito dentro dos Direitos reais, sendo esse o único Direito que permite com o seu titular possa exercer o Direito sem limitações involuntárias, atendendo ao facto de que, a lei permite com que o proprietário possa voluntariamente limitar o exercício desse Direito constituindo novos Direitos reais a terceiro, como usufruto, cedência da coisa em função do contrato de locação ou de comodato.

³⁰ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*. Volume XI. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1958, Pág. 211.

1.1.3.5. Elasticidade

Uma das características da propriedade é a sua elasticidade, ou seja, o proprietário poderá distender e contrair os seus poderes dominicais. Melhor dizendo: a propriedade poderá se tornar plena ou limitada, de acordo com a vontade de seu proprietário.

Por exemplo, quando um proprietário, oferece a propriedade em usufruto a outrem; neste caso o direito do proprietário como que “encolhe” e só retoma plenamente a sua dimensão quando cessa esse direito de usufruto³¹.

1.1.3.6. Perpetuidade

A propriedade é perpétua, uma vez que não se extingue pelo não uso da coisa, com duração ilimitada.

Para MORREIRA e FRAGA, a perpetuidade do Direito de propriedade implica que Direito de propriedade não poderá extinguir pelo não uso, assim como acontece com alguns Direitos reais. Para estes autores, não usar a propriedade, é ainda uma forma de a usar; o proprietário tem tais poderes que pode querer estar inactivo, e esta possibilidade cabe dentro do conteúdo do seu direito. Além deste significado, o princípio da perpetuidade implica também a não existência de propriedade temporária, nos termos do n.º 2 do art. 1307º, a não ser “nos casos especialmente previstos na lei”. Exemplos destas excepções encontramos no caso do fiduciário, nos fideicomissos, no caso da propriedade do superficiário — fiduciário, isto é, do titular do direito de superfície, quando se tenha estipulado no título constitutivo que, ao fim de algum tempo, a propriedade reverte para o dono do solo; também há propriedade temporária na propriedade resolúvel (de alguma forma na venda a retro ou num negócio translativo da propriedade sob condição resolutiva) o, também, na venda com reserva de propriedade³².

Diferente dos demais Direitos reais, como o usufruto e direito de Superfície, que estão sujeitos a prazo e extinguem pelo não uso e pelo decurso do prazo, enquanto que o Direito de propriedade não esta sujeito a nenhum prazo e pode ser exercido sem obediência a nenhum prazo estabelecido.

³¹ Apontamentos e resumos de Direitos Reais "destilados" por António Filipe Garcez José.

³² MORREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos, *Direitos Reais*. Almedina, Coimbra, 2009, Pág. 236.

1.2. DOS CONTRATOS DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA

1.2.1. Noção Geral do Contrato de Empreitada

Como resulta dos arts. 1154.º e 1155.º do C. Civil, o contrato de empreitada é uma modalidade do contrato de prestação de serviços.

O regime geral do contrato de empreitada¹ encontra-se regulado no art. 1207.º e segs. do C. Civil, definindo este contrato como um “contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”, tendo como elementos essenciais os sujeitos, a realização de uma obra e o pagamento do preço, no qual os dois últimos consistem nas duas obrigações principais³³.

O contrato de empreitada é caracterizado por ser um contrato nominado e típico, uma vez que se encontra mencionado pela lei e possui um regime próprio nos arts. 1207.º a 1230.º do C. Civil.

O contrato de empreitada é qualificado também como um contrato oneroso, isto porque este contrato onera ambos os contraentes, empreiteiro na construção da obra assim como o dono da obra no pagamento do preço pela obra.

Ainda quanto à qualificação do contrato de empreitada, podemos vê-lo como um contrato instantâneo ou permanente, dependendo da doutrina defendida. Na empreitada existe uma série de prestações duradouras, que se prolongam no tempo assemelhando-se a contratos com prestações permanentes. Contudo, estas prestações, na nossa perspetiva, não reiteram no tempo, não podendo assim este contrato ser visto como um contrato permanente, outrossim seria um contrato instantâneo. Esta posição vai de encontro à posição defendida por CURA MARIANO³⁴, ROMANO MARTINES e MENEZES LEITÃO.

MARIANO, diz que a realização da obra prolonga-se no tempo e pode ser fracionada ou contínua, conforme o acordado pelas partes, todavia este contrato não pode ser visto como um contrato duradouro ou permanente. ROMANO MARTINEZ³⁵, defende que

³³ 2Ac. do Tribunal da Relação de 11 de março de 2008, com o processo n.º4/04.4TBVNO.C2. Ac. do STJ de 4 de fevereiro de 2010, com o processo n.º4913/05.5TBNG.P1.S1. citado por ORNELAS, Janine Mendes, *Contrato de Empreitada Defeito Oculto*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Coimbra, 2017, Pág. 8.

³⁴ MARIANO, João Cura, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, Pág. 39.

³⁵ MARTINEZ, Pedro Romano, *O contrato de empreitada no Direito Romano e no Antigo Direito Português*, Direito e justiça, 0871-0336, vol7, 1993. Págs. 67 e segs.

não se pode considerar a empreitada como um verdadeiro contrato de execução continuada, uma vez que a prestação só será efetuada no final, no momento da entrega da obra ao dono. E MENEZES LEITÃO³⁶, entende o contrato de empreitada como sendo um contrato de execução instantânea, apesar da execução da obra poder prolongar-se no tempo, pois o importante aqui é a entrega da obra e não o tempo que demorou a ser executada.

Concordamos com as posições avançadas pelos Professores Romano Martinez e Menezes Leitão isto porque no contrato de empreitada o que perdura no tempo é a execução da obra enquanto uma prestação do empreiteiro e não a sua obrigação de entregar a obra, essa é a instantânea assim como o pagamento do preço da obra pelo dono da obra.

1.2.2. Sujeitos do Contrato de Empreitada

No contrato de empreitada temos como sujeitos, por lado, temos como parte o empreiteiro e, do outro, temos o dono da obra ou comitente, devidamente capacitados e legítimos.

Segundo JANINE MENDES ORNELAS as questões sobre a capacidade apenas são colocadas em relação ao empreiteiro, uma vez que é necessária uma actuação devidamente entendida, através do certificado de habilitações³⁷. Já no que respeita à legitimidade das partes, é alvo de análise relativamente a ambas as partes, mas só se fala de legitimidade do dono da obra, em relação aos casos em que o trabalho em causa seja de reparação, modificação e manutenção de bens já existentes.

A legitimidade do empreiteiro decompõe-se na existência de alvará de empreiteiro de construção civil. Porém, a sua inexistência não tem como consequência a invalidade do contrato de empreitada, sendo apenas, nestes casos, sancionado com uma coima ou multa³⁸.

Quanto ao dono da obra, a legitimidade passa pela habilitação deste em mandar executar as obras pretendidas, contudo a sua falta, à semelhança do que acontece

³⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Contrato de empreitada*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2010-2014, Pág. 517.

³⁷ ORNELAS, Janine Mendes, *Contrato de Empreitada - Defeito Oculto*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências jurídico-forenses, Coimbra, 2017, Pág. 10.

³⁸ ORNELAS, Janine Mendes, *Contrato de Empreitada - Defeito Oculto*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências jurídico-forenses, Coimbra, 2017, Pág. 10.

com o empreiteiro, não conduz a qualquer invalidade contratual, recaindo apenas em responsabilidade civil em relação ao empreiteiro e a terceiros, como por exemplo, responsabilidade pelos danos que a execução dos trabalhos cause ao locatário, quando em caso de existência de contrato de arrendamento habitacional, e ao pagamento de uma indemnização à contraparte por violação do contrato de arrendamento e do direito de propriedade³⁹.

1.3. Contrato de Subempreitada

1.3.1. Conceito de Contrato de Subempreitada

O n.º 1 do art. 1213.º do C. Civil define o contrato de subempreitada como aquele «pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou parte dela».

No contrato de subempreitada são partes o empreiteiro e um terceiro, o subempreiteiro. A imediata consequência a retirar deste ponto é a de o dono da obra ser alheio ao contrato de subempreitada, quaisquer que sejam as consequências que da sua existência possam emergir quanto às suas relações com o empreiteiro e, mesmo, com o subempreiteiro. Em suma, na subempreitada não há vínculo directo entre o dono da obra e o subempreiteiro⁴⁰.

Sendo assim, muito embora a lei admita a possibilidade de o contrato de subempreitada ter por objecto toda a obra que o empreiteiro está vinculado a fazer, mesmo em tal caso ele não fica liberto da sua empreitada. Este entendimento resulta confirmado por duas vias.

Desde logo, por força do n.º 2 do art. 264.º, aplicável por remissão expressa do n.º 2 do art. 1213.º; dele se extrai que a subempreitada não envolve a exclusão do empreiteiro. Para além disso, todo o regime da empreitada, no Código Civil, assenta na relação entre o dono da obra e o empreiteiro, sendo este quem perante aquele responde pela execução do contrato⁴¹. Por seu turno, ao regular «a responsabilidade dos subempreiteiros», sob esta epígrafe, o art. 1226.º limita-se, afinal, a atribuir ao empreiteiro direito de regresso,

³⁹ ORNELAS, Janine Mendes, *Contrato de Empreitada Defeito Oculto*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Coimbra, 2017, Pág. 10.

⁴⁰ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed. rev. e act., Coimbra, 1986, Pág. 803.

⁴¹ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed. rev. e act., Coimbra, 1986, Pág. 803.

sem estabelecer quaisquer distinções em função da modalidade da subempreitada, quanto ao objecto. Ora, se a subempreitada total afastasse a responsabilidade do empreiteiro, o preceito em análise não poderia deixar de o reflectir⁴².

Na prática corrente, porém, a subempreitada tem normalmente por objecto a execução de parte da obra a que o empreiteiro está vinculado. Em função do seu objecto se pode estabelecer, embora sem rigor excessivo, a distinção entre subempreiteiros e tarefeiros.

É mais fácil fazê-lo com base na situação dos tarefeiros e, por isso, dela vamos partir, identificando-se os chamados subempreiteiros por exclusão de partes. Em regra, os tarefeiros ficam incumbidos de realizar, em mais estreita colaboração com o empreiteiro, obras ou tarefas menos extensas e, normalmente, delimitadas por referência a certas profissões ou mesmo categorias profissionais: pintores, estucadores, canalizadores, electricistas⁴³.

1.3.2. Admissibilidade do Contrato de Subempreitada

Ensina FERNANDES, que uma verdadeira questão prévia do regime da subempreitada é a da sua admissibilidade, ou seja, o problema de saber se o empreiteiro é livre de celebrar o correspondente contrato ou se isso depende de autorização do dono da obra. Como é manifesto, não está aqui em causa a possibilidade de existir autorização do dono da obra (art. 264.º, n.º 1 do C. Civil), mas sim determinar se ela é ou não necessária⁴⁴.

A questão prende-se com a qualificação da empreitada como contrato *intuitus personae*, mas não pode deixar de se levar em conta o regime subsidiário do n.º 1 do art. 264.º do C. Civil, aplicável por remissão do n.º 2 do art. 1213.º do C. Civil.

Não custa admitir que as qualidades pessoais do empreiteiro são, por vezes, factor determinante na celebração e na fixação do conteúdo e respectivo regime do contrato de empreitada⁴⁵.

⁴² FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 82.

⁴³ FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 82.

⁴⁴ FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 82.

⁴⁵ MARTINEZ, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, 1994, Págs. 121-122, e ALMEIDA, A. Pereira de, *Direito Privado II (Contrato de Empreitada)*, AAFDL. Lisboa, 1983, Pág. 19.

O regime subsidiário do n.º 1 do art. 264.º do C. Civil, para além do caso de autorização expressa, condiciona a substituição do empreiteiro pelo subempreiteiro ao que resultar do conteúdo do contrato ou da relação jurídica que o determina. O ajustamento deste regime ao caso particular da subempreitada faz-se no sentido de a sua celebração ser possível quando a qualidade dos trabalhos a executar, por razões de ordem técnica ou outras, não estejam ao alcance do empreiteiro ou, ainda, quando da lei ou dos usos resulte a necessidade de os trabalhos serem feitos com intervenção de terceiros⁴⁶.

Assim, deve entender-se que a celebração da subempreitada não depende, necessariamente, de autorização do dono da obra, ficando a cargo deste demonstrar que ela não é admitida por a empreitada ter sido celebrada *intuitu personae*. Neste caso, a inadmissibilidade da substituição do empreiteiro pelo subempreiteiro, perante o dono da obra, decorre logo do regime geral do n.º 2 do art. 767.º do C. Civil, uma vez que o credor não pode ser, então, constrangido a receber a prestação de terceiro.

1.3.3. O Contrato de Subempreitada e Figuras afins

A primeira figura afim contrato de subempreitada que a doutrina visa aclarar é a da cessão da posição contratual do empreiteiro.

Segundo FERNANDES, a real distinção entre o contrato de subempreitada e cessão da posição contratual do empreiteiro, é que na subempreitada há dois negócios distintos, embora ligados — o contrato base e o contrato derivado —, pelo que, mesmo quando a subempreitada respeita à totalidade da obra, não há necessariamente entre eles identidade. Se a obra a realizar tem de ser sempre a mesma, já nada impõe a identidade do preço, do prazo de realização ou dos direitos e vinculações do empreiteiro e do subempreiteiro, desde que não resulte agravada a situação jurídica do dono da obra. Já na cessão da posição contratual o contrato principal se mantém, salvo, no aspecto subjectivo, pois muda a pessoa que ocupa a posição jurídica de uma das partes — o empreiteiro. O contrato de cessão, em si mesmo, não está no mesmo plano do contrato de subempreitada,

⁴⁶ FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 83.

por ser aquele meramente instrumental, enquanto título jurídico da substituição subjectiva operada⁴⁷.

A cessão da posição contratual, enquanto instituto de carácter geral previsto nos arts. 424º e seguintes do Código Civil, pode ter lugar no contrato de empreitada, segundo o regime comum nestes preceitos consignado. Deles resulta, no que principalmente aqui nos interessa, que, ao contrário do que acontece na subempreitada, a cessão da posição contratual do empreiteiro depende sempre de autorização do dono da obra⁴⁸.

Da subempreitada distingue-se também a situação que podemos identificar como de co-empreitada. Nesta, verifica-se uma cumulação de contratos de empreitadas, tendo cada um o seu objecto próprio, mas concorrendo, no seu conjunto, para a realização da mesma obra.

Será o caso de o dono da obra celebrar vários contratos de empreitada, cada qual com seu empreiteiro, adjudicando a cada um deles trabalhos diferentes da mesma obra. Por exemplo, na construção de um hotel, pode o dono da obra adjudicar a um empreiteiro os toscos, a outro os acabamentos, a um terceiro as instalações especiais, a um quarto os arranjos exteriores e assim sucessivamente⁴⁹.

Próxima desta situação, embora dela se distinguindo em aspectos formais, bem como, em qualquer caso, da subempreitada, é a de o dono da obra celebrar um só contrato de empreitada com vários empreiteiros⁵⁰.

Havendo multiplicidade de empreiteiros, decorrente ou não de uma multiplicidade de contratos, será normal que a um deles — dito empreiteiro geral ou principal — sejam cometidas funções de direcção ou coordenação dos restantes. Aqui, tanto pode dar-se o caso de o empreiteiro geral exercer apenas essas funções como a de o fazer cumulativamente com a execução de uma parte da obra. Em qualquer dos casos, não há uma situação de subempreitada, pois cada uma dessas pessoas submetida à coordenação ou

⁴⁷ Por isso a cessão, qua tale, é um contrato diferente daquele de que emerge a posição contratual cedida, seguindo o seu regime o «do tipo de negócio» que ela reveste (compra e venda, doação, dação em cumprimento, etc.) (art. 425º do C. Civil). FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 87.

⁴⁸ FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 87.

⁴⁹ FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 87.

⁵⁰ Aqui cabe ainda distinguir consoante os vários empreiteiros actuem a título individual, isoladamente, ou unidos em consórcio.

direcção do empreiteiro geral mantém com o dono da obra uma relação directa, própria do empreiteiro. Acontece apenas que as relações entre o dono da obra e o empreiteiro geral decorrem, consoante os casos, de um contrato misto de empreitada e de prestação de serviço ou apenas de um contrato de prestação de serviço⁵¹.

1.4. AS GARANTIAS REAIS E O DIREITO DE RETENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

Neste capítulo iremos proceder a uma breve análise sobre os Direitos das garantias no sentido geral e de seguida iremos debruçar sobre aquela que entendemos ser a figura precípua deste estudo, o Direito de Retenção no Direito Moçambicano.

1.4.1. Noção de Garantia da Obrigação

A expressão “garantia” em direito poder analisada em duas perspectivas, a primeira, como o último elemento da relação jurídica, que consiste na susceptibilidade do sujeito activo da relação de recorrer aos órgãos estatais de resolução de conflito, o Tribunal, para requerer a reposição do seu Direito subjectivo violado. Na segunda perspectiva a garantia obrigacional consiste no meio de tutela do crédito do sujeito activo da relação jurídica obrigacional, visando o cumprimento efectivo da obrigação por parte do devedor.

A garantia serve para reduzir o risco de incumprimento da obrigação pelo devedor, sendo assim, o seu principal objectivo garantir o cumprimento de uma obrigação.

Neste diapasão, ensina ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que o termo “garantia” pode ter diversos significados. Pode ser “o acto e o efeito de “assegurar ou de reforçar um estado de coisas, providenciando, designadamente, um certo resultado”⁵², assim como uma estrutura destinada à bens ou indivíduos. O sentido jurídico técnico que vamos abordar, no entanto, é o de garantia como um “esquema destinado à obtenção seja do cumprimento de uma obrigação, seja do equivalente, quanto possível, a esse mesmo cumprimento”⁵³.

⁵¹ FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996, Pág. 87.

⁵² CORDEIRO, António Menezes. *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2014, Pág. 780.

⁵³ CORDEIRO, António Menezes. *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2014, Pág. 780.

Para desenvolvimento deste trabalho, adoptaremos a classificação empregue pela doutrina majoritária⁵⁴, que as classifica em: **garantia geral da obrigação** e **garantias especiais**, sendo a garantia especial subdividida em duas espécies de garantias, em **garantias pessoais** e **garantias reais**.

1.4.2. Garantia Geral da Obrigação

MELLO ensina que os sistemas jurídicos, ainda que primitivos, sempre se preocuparam em estabelecer uma garantia geral para cumprimento da obrigação, ou seja, criar mecanismos que reforçassem o vínculo obrigacional, com vistas a levar o devedor ao pagamento da dívida. Em Roma, o devedor inadimplente pagava com a própria vida, já que o mecanismo de garantia do pagamento recaía sobre o próprio corpo. Tempos depois, o devedor inadimplente não mais perdia a sua vida, senão a sua liberdade, o devedor inadimplente tornava-se escravo do credor, somente recuperando seu *status libertatis* com o pagamento⁵⁵.

A partir do advento da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.c, deslocou-se o eixo da garantia obrigacional do corpo do devedor para o seu patrimônio. Os bens do devedor garantem, portanto, o pagamento da prestação. É a denominada responsabilidade patrimonial que representa uma garantia ao direito subjectivo do credor que recai sobre o patrimônio do devedor, no caso de inadimplemento obrigacional⁵⁶.

Com esses ensinamentos podemos ver que a garantia geral da obrigação foi estabelecida desde os tempos antigos e ultrapassando fases evolutivos, em primeira linha a garantia geral da obrigação era pessoal e estabelecida sobre o corpo do devedor, que em caso do incumprimento da obrigação era paga com a vida do devedor. Com o passar do tempo a garantia geral manteve-se pessoal, no entanto, não era paga pela vida do devedor, mas sim pela sua condição de homem livre, ou seja, em caso de incumprimento o devedor perdia a sua condição de homem livre, por consequência perdia também a sua liberdade se tornando escravo do credor.

⁵⁴ Nesse sentido, Menezes Leitão, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, dentre outros.

⁵⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo código civil anotado*. 2. ed. Volume V. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, Pág. 289.

⁵⁶ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 448.

Nos dias actuais a garantia geral da obrigação não é pessoal, mas sim patrimonial, sendo assim, pela dívida do devedor responde o seu património, isto é, em caso de incumprimento da obrigação o credor tem a faculdade de recorrer ao património do devedor para se o cumprimento da obrigação.

Neste diapasão, o artigo 601º do nosso Código Civil, estabelece a garantia geral da obrigação e preceitua que “Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.”

A garantia geral das obrigações é constituída pela totalidade do património do devedor.

LEITÃO observa que uma parte da doutrina entende que a chamada garantia geral não seria de fato uma garantia, mas apenas uma responsabilidade patrimonial. A nomenclatura “garantia” seria adequada apenas às chamadas garantias especiais. Porém, entende que a inclusão da responsabilidade patrimonial como uma garantia das obrigações é justificável, uma vez que “a faculdade que a lei atribui ao credor de executar o património do devedor, principal tutela jurídica que goza o direito de crédito, representa uma forma de assegurar ao credor a realização do seu direito, e nesse sentido constitui naturalmente uma garantia⁵⁷”.

Face a isso, importa destacar que, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação primeiro recai sobre o devedor, na qualidade de sujeito jurídico capaz e com vontade de realizar a prestação que lhe cumpre, e em segundo lugar, em caso do devedor enquanto sujeito obrigado a cumprir com a obrigação e entrar em inadimplemento, poderão ser chamados a responsabilidades todos do devedor.

Tendo em atenção a letra do artigo 601º do C. Civil depreendemos que a garantia geral da obrigação contem suas limitações, ou seja, nem todos os casos que em caso de incumprimento poderão responder a totalidade do património do devedor.

A primeira limitação que tiramos do artigo 601º do C. Civil, esta ligado a penhorabilidade dos bens do devedor, quer isto dizer que, os bens do devedor que

⁵⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018, Pág. 61

respondem pela dívida são apenas os bens passíveis de ser penhorados, sendo excluído da responsabilidade patrimonial os bens impenhoráveis previstos no artigo 822º e 823º do CPC.

A segunda limitação resulta da parte final do artigo 601º do C. Civil, ao estabelecer que constituem garantia geral os bens pertencentes aos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios. Esta limitação respeita aos denominados patrimónios autónomos que são, como sabemos, patrimónios especialmente destinados a determinado fim, são patrimónios que têm dívidas próprias, respeitantes à sua finalidade particular, pelas quais respondem, respondendo (justamente) apenas por tais dívidas⁵⁸.

A terceira e a quarta limitação é referente a limitação da responsabilidade por convenção das partes, o que chamam de clausulas de irresponsabilidade, previsto no artigo 602º do C. Civil, e a limitação da responsabilidade por determinação de terceiro, estabelecida no artigo 603º do C. Civil.

1.4.3. Garantias Especiais da Obrigação

A garantia especial pode ser entendida como aquela prevista na lei que confere ao credor especial certo privilégio no cumprimento da obrigação, dando-se prioridade no recebimento de seu crédito em relação aos demais credores gerais (credores sem garantia especial).

As garantias especiais são, pois, aquelas que extrapolam o patrimônio do devedor, agregando à garantia geral o patrimônio de um terceiro (garantia pessoal) ou um bem, móvel ou imóvel (garantia real), de modo que o credor tenha mais segurança da satisfação de seu crédito.

Conforme explica ORLANDO GOMES, “a garantia do cumprimento de uma obrigação, em reforço ao vínculo ordinário, pode ser oferecida pelo próprio devedor ou por terceiro. Quando o devedor vincula um bem ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o direito de obtê-lo com o valor daquele, há garantia real, mas se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há garantia pessoal. Oferecida essa garantia, haverá duas obrigações: a principal e a fidejussória. Deriva, a última, da lei, de uma

⁵⁸ Os exemplos mais significativos de património autónomo são a herança e os bens comuns do casal.

declaração de vontade, ou de um contrato. Quando este é sua fonte, a obrigação fidejussória representa garantia convencional⁵⁹.

Como nos referimos anteriormente que as garantias especiais podem ser classificadas em garantias pessoas e garantias reais.

1.4.3.1. Garantia Pessoal

As garantias de natureza pessoal são aquelas garantidas por terceira pessoa que não o devedor. Esta terceira pessoa se compromete com o credor a pagar a obrigação se o devedor não o fizer.

Segundo GOMES, com a garantia pessoal o credor passará a ter dois patrimônios assegurando o cumprimento da obrigação, o que justifica a denominação de solução quantitativa. É certo que o patrimônio do fiador poderá diminuir ao longo do tempo, o que representa uma fragilidade das garantias pessoais⁶⁰.

São exemplos clássicos de garantias pessoais ou fidejussórias: o aval e a fiança, arts. 627.º a 655.º do C. Civil.

O fiador e o avalista são garantes pessoas da obrigação. Estes não devem nada ao credor (não têm *debitum*), já que aquele que deve é o afiançado (ou o avalizado).

1.4.3.2. Garantias Reais

A garantia real é aquela representada por uma coisa que fica à disposição do credor para o caso de inadimplemento do devedor. Caso ocorra o incumprimento, a coisa é levada à execução de garantia para ser vendida e, com o produto da venda, haverá o ressarcimento do credor.

Para CLEYSON DE MORAES MELLO, a diferença fundamental entre a garantia real e a garantia pessoal é que a garantia pessoal é representada por uma pessoa, ao passo que a garantia real é representada por uma coisa que será alienada judicialmente para pagar o débito. Nada impede que as garantias se cumulem o que, aliás, é muito frequente e possível, salvo exceções previstas em lei⁶¹.

⁵⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, Pág. 536

⁶⁰ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Estudos de Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2004, Pág. 8-10.

⁶¹ MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2ª Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017, Pág. 448.

O nosso Código Civil apresenta as seguintes modalidades de garantia real: penhor, arts. 666.º a 685.º, hipoteca arts. 686.º a 732.º e Direito de retenção, arts. 754.º a 761.º.

1.4.4. Direito de Retenção

1.4.4.1. Noção do Direito de Retenção

No que tange a definição do Direito de Retenção existem vários autores que tiveram os intentos de elaborar a definição desse instituto jurídico, entre eles temos o civilista RUI PINTO DUARTE, que define o Direito de retenção como o direito concedido pela lei a um credor que detém uma certa coisa do devedor, consiste na faculdade de a reter enquanto não for pago, bem como na faculdade de se fazer pagar por força da sua venda judicial (arts.º 754º, 758º e 759º n.º 1 do C. Civil)⁶².

O Prof. ANTUNES VARELA, é um dos civilistas que procurou apresentar a definição do Direito de Retenção, e ele entende que o Direito de retenção constitui um meio de autotutela no cumprimento da obrigação⁶³. De acordo com tal conceitualização, o referido direito apresenta duas vertentes funcionais: uma primeira, de constrangimento, persuasão⁶⁴, do cumprimento do crédito do retentor por parte do credor da obrigação de entrega ou restituição (naturalmente por força da privação material da coisa). Uma segunda, de garantia⁶⁵, conferida pela titularidade de uma preferência no pagamento sobre o produto da venda do bem. Neste sentido, constitui um direito real de garantia⁶⁶, direito que proporciona ao respectivo titular a realização de valor certo pelo produto da venda da coisa, com preferência sobre credores comuns ou privilegiados com garantia de grau inferior.

⁶² DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 3ªed revista e aumentada, Cascais, Principia, 2013, Pág. 289; LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009, Pág. 497.

⁶³ VARELA, João de Matos Antunes, *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Pág. 110 — e “(...) autoriza o sujeito de um dever a não o cumprir” — JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, CEF, Lisboa, 1968, Pág. 262.

⁶⁴ O também designado “efeito compulsório” — CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, Pág. 550.

⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, Pág. 550.

⁶⁶ Que conferem ao seu titular o poder de “(...) mediante um acto de disposição, realizar à custa de uma coisa, sem que se torne necessária a cooperação do proprietário ou mesmo contra a sua vontade, determinado valor (o valor do crédito garantido pela res).” — MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coleções Teses, Almedina, Pág. 76.

No presente estudo não vamos nos delongar na apresentação dos vários conceitos concebidos sobre o Direito de Retenção, sendo que, após uma análise profunda dos vários conceitos de Direito de Retenção apresentados pelos doutrinários foi possível constatar que a definição do Direito de Retenção é um dos poucos e raros temas que apresenta um consenso entre os doutrinários.

Sendo assim, pode-se definir o Direito de Retenção sem reserva de contradizer qualquer doutrina, como o Direito que assiste ao devedor possuidor, com a obrigação principal de restituir a coisa ao credor, de recusar a realizar a prestação a que esta adstrita a favor do credor, retendo a coisa objecto do contrato enquanto este estiver em inadimplemento, impedindo-o de gozar e fruir das utilidades que coisa poderia lhe proporcionar, tendo o devedor e credor retentor o Direito de executar a coisa, fazendo-se pagar pelo valor dela, com preferência sobre os demais credores.

Dentro desse conceito conseguimos retirar duas funções conexas do Direito de Retenção, a primeira e primordial função do Direito de Retenção é de garantir o crédito do credor retentor em face ao devedor proprietário da coisa retida.

Em conexo a primeira função temos a segunda que consista num meio de coerção do devedor retido, sendo que, com a retenção do devedor é compelido a cumprir com a obrigação a que esta adstrito, pois é ele privado do bem que deveria receber até que cumpra com a sua obrigação.

Nesse mesmo entendimento, dispõe OLAVO DE ANDRADE “O direito de reter que o credor, pois, exerce não é mais que uma garantia, uma defesa um meio coercitivo para obter do adversário o cumprimento da obrigação, [...]”⁶⁷.

1.4.4.3. Regime Jurídico do Direito de Retenção

No ordenamento jurídico moçambicano o direito de retenção tem uma regulação própria, consagrado no Livro II do Direito das Obrigações, Secção VII, dos artigos 754.º a 761.º do C. Civil.

No que desrespeito ao regime jurídico do Direito de Retenção importa referir que a este instituto jurídico aplica-se dois regimes, o primeiro regime e principal é regime

⁶⁷ ANDRADE, Olavo de. *Notas sobre o direito de retenção*. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & C. Editores, 1922, Pág. 14

jurídico próprio previsto nos artigos 754.º a 761.º do C. Civil, e o segundo regime jurídico é o remissivo, que se aplica as normas referente a penhor e hipoteca em função da natureza dos bens sobre o qual incide, se é móvel e imóvel.

Sendo assim, quando o direito de retenção recai sobre uma coisa móvel, por norma legal remissiva aplica-se o regime do penhor, quanto aos direitos e obrigações do retentor, salvo no que respeita à substituição ou reforço da garantia, artigo 758.º³⁵ do C. Civil.

FERNANDO JORGE DA COSTA ensina que por consequentemente, da aplicação, *ex vi legis*, do regime do penhor ao direito de retenção sobre coisas móveis resulta que o retentor prefere aos demais credores, artigo 666.º do C. Civil; que goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor pignoratício artigo 670.º a 673.º do C. Civil, sem prejuízo, evidentemente, do disposto no artigo 758.º do C. Civil, *in fine*; e pode executar a coisa retida em termos paralelos ao de execução do objeto empenhado, artigo 675.º do C. Civil. Também são ainda aplicáveis ao direito de retenção os artigos 692.º e 694.º a 699.º do C. Civil, *ex vi* do disposto no artigo 678.º do C. Civil⁶⁸.

Ao passo que, quando o direito de retenção recai sobre coisa imóvel, a lei manda aplicar com devidas adaptações as normas referentes a hipoteca, sendo que, a lei confere ao credor retentor o direito executar a coisa retida nos mesmos termos que um credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor, artigo 759.º n.º 1 do C. Civil.

1.4.4.2. Espécies do Direito de Retenção

Na doutrina brasileira a maior parte dos doutrinários advogam pela existência de duas espécies de direito de retenção, retenção legal e retenção convencional.

DIANA TOGNINI explica nos seguintes termos: (i) o direito de retenção legal ou necessário, decorrente da lei e independente de qualquer convenção das partes; e (ii) o direito de retenção convencional ou voluntário, o qual surge, por exemplo, em meio ao

⁶⁸ MOTA NUNES, Fernando Jorge da Costa, *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*, Dissertação de Mestrado em Direito Privado apresentado a Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto na Faculdade de Direito – Escola do Porto, Porto, 2012, Págs. 18.

penhor e à anticrese, havendo ainda debates acerca da possibilidade de inserção convencional dessa garantia em outros contratos⁶⁹.

Olhando para o regime jurídico vigente do Direito de Retenção entendemos que tal classificação não ser admissível no nosso ordenamento jurídico, principalmente a última espécie elencada pela autora, a retenção convencional.

No Direito Moçambicano o Direito de retenção resulta da lei tendo em atenção os requisitos legais previstos no artigo 754º do C. Civil, isto é, para que uma pessoa possa reter uma coisa é imprescindível a verificação dos requisitos consagrados no artigo supra referenciado para que o exercício desse Direito possa ser legítimo, sendo assim, entendemos não ser possível a constituição do Direito de retenção fora dos casos previstos na lei, por convenção das partes assim como acontece com outras garantias de crédito, o penhor e a hipoteca.

Nessa mesma linha de ideia temos o Prof. MENEZES LEITÃO, que entende que o direito de retenção resulta diretamente da lei⁷⁰, estando vedado às partes a sua criação através de negócios jurídicos, e a sua eficácia não depende de registo⁷¹.

Tendo em atenção as normas previstas nos artigos do regime jurídico do Direito de Retenção, concretamente os artigos 754º e 755º do C. Civil, podemos classificar o Direito de Retenção em duas espécies, a retenção geral ou genérica e retenção especial ou específica.

O Direito de retenção geral ou genérico esta consagrado no artigo 754º do C. Civil, é aquele que se aplica sempre que se verificarem preenchidos os requisitos que a lei define no artigo 754º do C. Civil.

E o Direito de retenção especial e específico são aqueles que gozam de estatuição expressa na Lei no artigo 755º do C. Civil.

ALMEIDA COSTA, ao se referir a retenção especial, diz que para além do regime genérico estatuído para o direito de retenção, no artigo 754.º, do C. Civil, consagrou casos específicos de aplicação do instituto. Trata-se, precisamente, de uma série de casos especiais em que certas pessoas ficam munidas com o direito de retenção, pois que em alguns

⁶⁹ SABA, Diana Tognini, *Direito de Retenção e Seus Limites*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo-SP 2016, Pág. 40.

⁷⁰ COSTA, Salvador da, *O Concurso de Credores*, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005, Pág. 214.

⁷¹ LEITÃO, Menezes, *Direitos Reais*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2011, Pág. 468.

deles “não existe” ou se “dilui” a conexão objectiva entre a coisa detida e o crédito do detentor do artigo 754.º16 do C. Civil⁷².

Assim, nos termos do disposto no artigo 755.º n.º 1 do C. Civil, gozam do direito de retenção, o transportador, o albergueiro, o mandatário, o gestor de negócios, o depositário, o comodatário e o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido⁷³.

Dentro das retenções especiais, MIGUEL ÂNGELO FRANÇA, acresce mais uma situação específica, ao entender que dentro dessas retenções podemos juntar outras albergadas no Código Civil, como a do artigoº 1323 n.º 4, que atribui o direito de retenção ao achador da coisa.⁷⁴

Face isso, podemos concluir que além das retenções especiais previstas no artigo 755º do C. Civil, o nosso Código Civil prevê várias outras situações passíveis do exercício do Direito de retenção.

1.4.4.4. Pressupostos do Direito de Retenção

Quando se fala dos pressupostos do Direito de Retenção pretende-se saber quais são os requisitos ou elementos que exigem a sua verificação para o exercício legítimo dessa garantia real, enquanto um Direito de autotutela de crédito.

Sendo assim, para que o exercício do direito de retenção seja considerado legítimo e legal, o nosso legislador ordinário impõe a verificação de certos requisitos previstos nos artigos 754.º e 756.º, ambos do C. Civil.

Da interpretação dos artigos 754.º e 756.º, ambos do C. Civil, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA entende que são pressupostos essenciais para o reconhecimento e validade do direito de retenção os seguintes⁷⁵:

⁷² COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 11.ª Ed. Revista e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2008, Pág. 975. Como aponta VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra: Almedina, 2010, Págs. 315 e 316 “Trata-se, em regra, de créditos nascidos no seio de uma relação contratual (transporte, mandato, depósito, comodato, contrato-promessa sinalizado) que levam a importante alargamento do campo de aplicação desta figura e da sua importância prática”.

⁷³ NUNES, Fernando Jorge da Costa Mota, *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito – Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, Pág. 13.

⁷⁴ FRANÇA, Miguel Ângelo, *Direito de Retenção (Algumas das) suas Implicações na Acção Executiva*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, n.º 11, 2003, Pág. 105.

⁷⁵ COSTA, Mário Júlio Almeida, “*Direito das Obrigações*”, 12.ª ed. Revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2009, Pág. 973 a 975.

- a) Detenção ilícita de uma coisa alheia e penhorável que deve ser entregue a outrem;
- b) Titularidade do retentor de um crédito certo, exigível e liquidável sobre a pessoa com direito à entrega da coisa;
- c) Conexão material e direta entre o crédito do detentor/retentor e a coisa detida/retida (entre as despesas realizadas ou dos danos causados pela coisa);
- d) Que a constituição do crédito não tenha resultado de despesas efetuadas de má-fé;
- e) Que o credor não preste caução suficiente.

Destes elementos ou requisitos para a constituição do Direito de retenção apresentados pelo Prof. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, concordamos parcialmente deles, sendo que, não comungamos da mesma ideia sobre os dois últimos requisitos, “Que a constituição do crédito não tenha resultado de despesas efetuadas de má-fé;” e “Que o credor não preste caução suficiente”, quantos a estes elementos entendemos não ser um pressuposto de constituição do Direito de retenção, mais sim, elementos negativo do exercício desse Direito, ou de exclusão do exercício legítimo do Direito de retenção, assim como prevê o artigo 746º do C. Civil.

Face a isso, entendemos que o artigo 754.º do C. Civil, prevê apenas três (3) pressupostos essenciais para o reconhecimento e validade do direito de retenção, que são: a) Detenção lícita de uma coisa alheia e penhorável; b) Titularidade do retentor de um crédito certo e exigível sobre a pessoa com direito à entrega da coisa; e c) Conexão material e direta entre o crédito do detentor/retentor e a coisa detida/retida (entre as despesas realizadas ou dos danos causados pela coisa).

A. Detenção lícita de uma coisa alheia e penhorável

Em relação a este primeiro pressuposto do Direito de retenção, importa destacar que o exercício do direito de retenção assenta numa detenção lícita da coisa.

Para estarmos perante o Direito de retenção a lei impõe que o credor detentor detenha a coisa, quer pessoalmente ou por seu representante retirando a coisa do domínio material do devedor.

No que respeita a espécie das coisas passíveis do exercício do Direito de retenção, a doutrina maioritária entende que o direito de retenção pode incidir sobre coisas corpóreas, móveis ou imóveis, desde que sejam alheias ao credor detentor.

Sobre o carácter alheio da coisa retida, ANTUNES VARELA ensina que a tese maioritária considera que o direito de retenção só pode recair sobre coisas alheias, no sentido de que a coisa deverá pertencer ao devedor do retentor (*ius in re alia*)⁷⁶, alguns autores acolhem o entendimento contrário, admitindo como possível que a coisa retida seja própria do retentor. Neste sentido, posicionam-se Ana Taveira da Fonseca, Francisco Rocha e Menezes Leitão⁷⁷.

B. Titularidade do retentor de um crédito certo e exigível sobre a pessoa com direito à entrega da coisa

Quanto a esse requisito inerente à natureza do crédito, impõe que para o exercício do direito de retenção deve o crédito em causa ser judicialmente exigível.

Na esteira do ensinamento de LEBRE DE FREITAS, entendemos ser certo considerar que a exigibilidade não constitui um requisito constitutivo do direito de retenção, mas sim uma condição para a sua invocação⁷⁸.

Sendo assim, o credor retentor só poderia exercer a retenção quando se vença o crédito, mas não quer isto dizer o Direito de retenção do credor não existisse antes do credor vencer. Por outro lado, o exercício do direito de retenção não esta dependente do crédito em causa ser líquido ou estar liquidado a data do exercício do Direito de retenção, porque para o exercício do Direito de retenção entendemos que basta a existência do crédito, não se impondo que o crédito seja líquido e se encontre quantitativamente determinado.

C. Conexão material e direta entre o crédito do detentor/retentor e a coisa detida/retida (entre as despesas realizadas ou dos danos causados pela coisa);

⁷⁶ VARELA, João de Matos Antunes, “*Das Obrigações em geral*”, vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 1999, Pág. 579.

⁷⁷ FONSECA, Ana Taveira da, “*Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*”, Almedina, Coimbra, 2015, Págs. 294 e 295, refere a hipótese da doutrina italiana do proprietário que, tendo efetuado reparações que eram da responsabilidade do usufrutuário ou do locador, pretender reter a coisa até receber as quantias devidas pela reparação. Neste caso, o direito de retenção terá uma função essencialmente compulsória. Ainda ROCHA, Francisco, “*Da retenção sobre coisa de terceiro e coisa própria*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LI, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2010, Pág. 630-641.

⁷⁸ FREITAS, José Lebre de, “*A transmissão do direito à indemnização por benfeitorias e a caducidade do direito de retenção pelo facto da venda executiva*”, Estudos sobre direito civil e processo civil, vol. I, Coimbra Editora, 2009, 2.^a ed., Págs. 395-396.

Por fim, temos como pressuposto para o exercício do Direito de retenção que advém do artigo 754º do C. Civil, que consiste na imposição de existir uma conexão material e direta entre o crédito do detentor/retentor e a coisa detida/retida em razão das despesas realizadas ou dos danos causados pela coisa.

O legislador pátrio reconheceu um direito de retenção com carácter geral, nas situações em que o crédito do retentor advenha de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, sustentando-se num critério geral de conexão material entre a coisa retida e o crédito do retentor por ela garantido.

Para preenchimento desse requisito é imperioso que o crédito resulte de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, sendo que a conexão material ou objectiva (*debitum cum re iunctum*) deve ser aferida em função dessas duas premissas⁷⁹.

⁷⁹ MOTA NUNES, Fernando Jorge da Costa, *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*, Dissertação de Mestrado em Direito Privado da Universidade Católica Portuguesa na Faculdade de Direito – Escola do Porto, Porto, 2012, Pág. 20.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DA Oponibilidade do Direito de Retenção do Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do Terceiro Originário dono da obra

No presente capítulo enquanto o centro dessa pesquisa iremos aqui debater e procurar as melhores respostas face a questão de partida, de saber se o subempreiteiro terá ou não o Direito de Retenção da obra do terceiro, dono da obra, pelo incumprimento contratual do empreiteiro.

3.1. Nota Introdutória da Problemática

Sobre a problemática que nos propomos a analisar nessa pesquisa consiste simplesmente em saber se perante um cenário de incumprimento parcial ou totalmente da obrigação de pagamento do preço da obra pelo empreiteiro, realizada pelo subempreiteiro, poderá ser reconhecido o exercício legítimo do direito de retenção por este sobre a obra como forma de garantir o cumprimento da obrigação?

Sendo que, da análise que se faz ao artigo 755º do C. Civil, que prevê a retenção especial e do Código Civil no geral, não depreendemos nenhuma retenção especial que assiste ao Empreiteiro ou ao subempreiteiro, nestes termos, entendemos que é devera importantes que antes de procedermos a análise do tema central dessa pesquisa, primeiro verificamos se dentro dos pressupostos gerais previstos no artigo 754º do C. Civil, assiste ou não ao empreiteiro o Direito de retenção da obra contra o Dono da mesma.

3.2. O Direito de Retenção do Empreiteiro face ao Dono da Obra

Tanto a nível da doutrina como da jurisprudência não existe um consenso sobre o debate, de saber se o empreiteiro tem ou não o Direito de retenção sobre a obra perante o dono da mesma.

Sendo assim, importa agora lograr os argumentos positivos e negativos do reconhecimento do exercício do Direito de Retenção o empreiteiro enquanto lhe não for pago o preço da empreitada pelo respectivo dono.

3.2.1. Tese negativa

Pronunciando-se no sentido do não reconhecimento do direito de retenção ao empreiteiro, os Profs. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em anotação ao artigo 1211º do C. Civil, invocaram em abono da sua tese, o facto de o direito de retenção constituir uma garantia excepcional do credor, como tal só aplicável nos casos previstos na lei, não configurando para estes autores o crédito do empreiteiro nenhuma das situações previstas em tal normativo, porquanto o crédito do empreiteiro resulta não das despesas feitas por causa da coisa ou de danos causados pela coisa, mas antes tem por objecto o preço da empreitada⁸⁰.

Nessa mesma linha de ideia, do não reconhecimento do Direito de retenção ao empreiteiro temos, JÚLIO GOMES, que entende que o empreiteiro não pode exercer o Direito de retenção porque pelo incumprimento do contrato de empreitada o que se pretende ressarcir não são despesas provocadas pela obra, mas sim, o dano causado pela violação do contrato. Esse mesmo autor acresce que como tutela do crédito do preço estipulado no contrato de empreitada, o único meio de coerção defensiva do empreiteiro é a invocação da excepção do não cumprimento da obrigação (*exceptio non adimpleti contractus*), ou ainda a estipulação de garantias adequadas do cumprimento pelo dono da obra⁸¹.

3.2.2. Tese Positiva

A favor do direito de retenção do empreiteiro, PEDRO ROMANO MARTINEZ, contradizendo os autores supracitados, advoga que o preço (da empreitada) resulta das despesas feita por causa da coisa e nessa medida afastando o argumento principal da tese contrária, que são estas “despesas de construção, modificação ou de reparação da obra⁸²”.

Em igual sentido, CALVÃO DA SILVA, ensina que, ao empreiteiro lhe assiste o direito de retenção ao abrigo do disposto no artigo 754º do C. Civil, isto porque o requisito do “*debitum cum re coniuntum*” [conexidade objectiva entre o crédito e a coisa] se verificar na relação jurídica de empreitada. Salvaguardando, todavia, que é “obviamente, o direito de

⁸⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed. revista e atualizada, em anotação ao artigo 754º, Pág. 772 a 774.

⁸¹ GOMES, Júlio, *Do Direito de retenção*, CDPPriv., n.º 11, 2005, Pág. 10.

⁸² MARTINEZ, Pedro Romano, *“Direito das Obrigações” parte especial dos Contratos*, 2ª ed. Págs. 376 e segs.

reter a coisa pressupõe que esta já seja propriedade do dono da obra⁸³”, sendo que, a lei impõe a retenção de coisa alheia.

Nesse mesmo entendimento, o PEDRO MARTINEZ apesar de admitir a existência do Direito de retenção ao empreiteiro, realça que, o empreiteiro não tem direito de retenção no caso de construção de coisa móvel se os materiais são por ele fornecidos, “pois só se pode exercer o direito de retenção sobre coisas alheias⁸⁴”.

Por último temos os Profs. FERRER CORREIA e JOAQUIM SOUSA RIBEIRO defendendo o reconhecimento do Direito de retenção ao empreiteiro entendem que, “seja qual for a modalidade da empreitada (...) o empreiteiro tem direito de reter a obra total ou parcialmente realizada, em garantia do pagamento das despesas suscitadas pela sua execução⁸⁵”.

Esses autores refutam a ideia apresentada pelo Prof. JÚLIO GOMES, referente à exceção de não cumprimento, para tal os Profs. FERRER CORREIA e JOAQUIM SOUSA RIBEIRO apresentam os seguintes argumentos, “o contrato de empreitada como contrato bilateral de natureza sinalagmática e por tanto susceptível de sobre o mesmo ser invocada a *«exceptio non adimpleti contractus»*, dado o nexu causal recíproco entre as duas prestações que o caracterizam⁸⁶”.

Para alicerçar o seu argumento os Profs. FERRER CORREIA e JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, apresentam a diferença entre a exceção de não cumprimento e direito de retenção, na qual entendem que a primeira assume uma natureza defensiva que legitima a recusa do cumprimento da prestação enquanto a contraparte não cumprir a que lhe cabe no contexto do cumprimento simultâneo subjacente a sinalagma funcional que une as duas prestações. Enquanto o segundo desempenha uma função de garantia da satisfação do crédito excepcionante na medida em que o titular de tal direito tem não só a faculdade de reter coisa, como ainda de se pagar coercivamente pelo valor desta⁸⁷.

⁸³ SILVA, Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1987, Págs. 342 a 344.

⁸⁴ MARTINEZ, Pedro Romano, *“Direito das Obrigações” parte especial dos Contratos*, 2ª ed. Págs. 376.

⁸⁵ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim Sousa, *Parecer intitulado “Direito de Retenção Empreiteiro”* publicado in CJ 1988, T I, Págs. 17.

⁸⁶ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim Sousa, *Parecer intitulado “Direito de Retenção Empreiteiro”* publicado in CJ 1988, T I, Págs. 20.

⁸⁷ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim Sousa, *Parecer intitulado “Direito de Retenção Empreiteiro”* publicado in CJ 1988, T I, Págs. 23.

Por fim, em razão dessa diferenciação desses institutos jurídicos, esses autores chegaram à conclusão de que não serem os mesmos entre si excludentes, desde que verificados os requisitos específicos de cada um por referência ao contrato de empreitada, na medida em que sendo característica deste tipo de contrato uma obrigação de resultado como consequência de uma prestação de facto, pode durante a sua execução invocar o empreiteiro a mencionada excepção no caso de incumprimento do dono de obra⁸⁸.

3.2.3. Nossa Posição à adoptar

Com base na síntese doutrinária apresentada referente ao direito de retenção do empreiteiro sobre a obra em caso de incumprimento contratual pelo dono da obra, é possível tomar posição face a essa controversa, na qual entendemos que, tomando de partida os posicionamentos no sentido positivo, que resulta claro, não obstante a polémica sobre essa questão, ser hoje em dia de forma maioritária tanto a nível jurisprudencial como doutrinário o reconhecimento do direito de retenção do empreiteiro sobre a obra em caso de incumprimento da obrigação pelo dono da obra. Posição com a qual concordamos plenamente.

Sendo assim, entendemos que para o exercício do Direito de retenção pelo empreiteiro é necessário que se encontrem preenchimento os requisitos indicados no artigo 754º do C. Civil, que são: Detenção ilícita de uma coisa alheia e penhorável; b) Titularidade do retentor de um crédito certo e exigível sobre a pessoa com direito à entrega da coisa; e c) Conexão material e directa entre o crédito do detentor/retentor e a coisa detida/retida (entre as despesas realizadas ou dos danos causados pela coisa).

Assim reconhecido o direito de retenção do empreiteiro sobre a obra face ao dono da mesma, importa agora analisarmos o Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra pelo incumprimento contratual parcial ou total pelo empreiteiro.

3.3. Direito de Retenção do Subempreiteiro sobre a obra face ao Dono da obra

Na tentativa dê-se buscar uma solução a problemática, de saber se o subempreiteiro terá ou não o Direito de Retenção sobre a obra do terceiro, dono da obra, pelo incumprimento total ou parcial contrato pelo empreiteiro, a nível da doutrina e da

⁸⁸ CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim Sousa, *Parecer intitulado “Direito de Retenção Empreiteiro”* publicado in CJ 1988, T I, Págs. 16 a 23

jurisprudência, foram formadas três teses diferentes, que as dividimos em tese negativa, intermédia e positiva, que passaremos a apresenta-las nas secções seguintes.

3.3.1. Tese negativa

Sem muita supressa entre os autores que repudiam o Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra contra o dono da obra, temos os PROFS. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA e SALVADOR DA COSTA, na qual alicerçam os seus fundamentos na jurisprudência prolatada pelo Supremo Tribunal de Justiça - STJ, no acórdão de 28/05/81328, que recusa atribuir o Direito de Retenção ao subempreiteiro sobre a obra do terceiro, o dono da obra, que fundamenta a sua tomada de posição na potencial conflitualidade gerada com princípios jurídicos do Direito das Obrigações e dos contratos em especial, nomeadamente com o princípio da eficácia *inter partes* da relação obrigacional e com o princípio da confiança. Por isso, não é admissível reconhecer a extensão do direito de retenção a uma situação criadora de um novo devedor. Com efeito, se o proprietário pretende reaver a coisa e exercer sobre ela os poderes que o seu direito real lhe concede, deverá, na prática, satisfazer o crédito devido pelo empreiteiro ao subempreiteiro, seja voluntariamente, seja por via executiva⁸⁹.

3.3.2. Tese intermédia

A tese intermédia concorda parcialmente com a posição negativa sobre o Direito de retenção do subempreiteiro, isto é, para essa tese por regra o subempreiteiro não tem direito retenção sobre a obra pelo incumprimento do empreiteiro no pagamento do preço, no entanto, essa regra tem a sua excepção na qual se reconhece excepcionalmente o Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra contra o terceiro, desde que verificados os requisitos que justificam o afastamento do princípio da relatividade dos contratos e das relações obrigacionais.

Essa tese é defendida pelo Prof. CARVALHO FERNANDES, que entende que por regra não existe acção directa do subempreiteiro contra o dono da obra, pelo que não se verifica um qualquer título para o direito de retenção daquele contra este. Entretanto, o Prof.

⁸⁹ COSTA, Salvador da, *O Concurso de Credores*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, Pág. 215 e LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed. revista e atualizada, em anotação ao artigo 754º, Pág. 803.

CARVALHO FERNANDES realça que, apesar de não existir um vínculo directo entre aqueles dois sujeitos, o mesmo argumento não vale para as relações entre o empreiteiro e o subempreiteiro. Logo, sempre que o empreiteiro tivesse direito a reforçar o seu crédito emergente da empreitada com o *ius retentionis*, também o subempreiteiro deveria gozar dessa prerrogativa contra o empreiteiro.

Porém, de modo a evitar a afectação do direito de propriedade do dono da obra, o Prof. CARVALHO FERNANDES restringe o direito de retenção do subempreiteiro à hipótese de a obra objecto da subempreitada assumir autonomia perante a obra geral objecto da empreitada⁹⁰.

3.3.3. Tese Positiva

No que diz respeito às teses afirmativas do direito de retenção do subempreiteiro em primeira linha temos as jurisprudências formadas a nível do Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 10-01-2006 e no Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 03 de Novembro de 2010, que entendem que a responsabilidade do dono da obra é solidária com a do empreiteiro / subempreiteiro - art.º 497, n.º 1, do CC⁹¹, o que implica que em caso de não pagamento, o subempreiteiro pode exercer o direito de retenção, o qual é naturalmente oponível ao dono da obra.

Nessa mesma onda de ideia temos o Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ, afirma no sentido positivo reconhecendo o Direito de retenção ao subempreiteiro sobre a obra em caso de incumprimento do contrato pelo empreiteiro, no seu entender existe uma indubitável agremiação de fins nos (dois) 2 contratos (empreitada e subempreitada). Donde se verifica um interesse directo do dono da obra nessa prestação⁹². E isso parece dever ter consequências no reconhecimento de relações directas entre as duas entidades.

⁹⁰ FERNANDES, Lopes Carvalho, «*Da Subempreitada*», DJ, vol.XII, T.I, 1998, Pág. 79.

⁹¹ acórdão de 10-01-2006 - Nº do Documento: SJ200601100033316 EMPREITADA / SUBEMPREITADA / DONO DA OBRA / RESPONSABILIDADE CIVIL / SOLIDARIEDADE / REEMBOLSO / DIREITO DE REGRESSO / INTERVENÇÃO PROVOCADA / INUTILIDADE SUPERVENIENTE DA LIDE – consultável em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fe8f8a3f0_24751018025711e005af95c, no dia 21 de outubro de 2023.

⁹² MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos Compra e Venda, Locação, Empreitada*, Almedina, 2000, pág. 373.

Segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ, ao subempreiteiro deve ser concedida uma acção directa contra o dono da obra para exigir o pagamento do preço da obra realizada em subempreitada. E, caso este não seja pago, nada obsta a que o subempreiteiro exerça o direito de retenção com respeito à parte da obra por ele executada, mesmo que esta seja propriedade do dono da obra. Esta acção directa apresenta-se legitimada por motivos de ordem económico-social, na medida em que, ao promover o estreitamento de relações entre quem não é parte no mesmo contrato, cria uma maior confiança entre os sujeitos e favorece o estabelecimento de relações contratuais, ao mesmo tempo que evita uma duplicação de pagamentos. Por outro lado, a existência de uma acção directa, do subempreiteiro contra o dono da obra, está mais adequada com a realidade porque, por via de regra, eles não se consideram entre si verdadeiramente como terceiros⁹³.

O Prof. PEDRO ROMANO MARTINEZ, acrescenta referindo que a concessão da acção directa ao subempreiteiro contra o dono da obra se fundamenta, também, “na frequente debilidade económica do subempreiteiro (que poderão ser pessoas singulares, equiparados aos auxiliares e trabalhadores), servindo a acção directa para garantir a satisfação de direitos que o empreiteiro se recusa a acatar, obviando ainda a situações de conluio entre o empreiteiro e o dono da obra”, a que se somam razões de justiça material, protecção da confiança ou as regras da boa-fé, permitindo ao subempreiteiro receber o preço da obra que realizou e ao dono da obra o direito à reparação dos defeitos da obra realizada pelo subempreiteiro⁹⁴.

Por outro lado, refere o Prof. PEDRO DE ALBUQUERQUE que circunstâncias mais próximas de considerações de justiça material (atendendo, designadamente, à reduzida capacidade económica de alguns subempreiteiros face aos empreiteiros que os contratam) podem levar a admitir, genericamente, a existência de acção directa entre o dono da obra e o subempreiteiro⁹⁵.

Considera o Professor PEDRO DE ALBUQUERQUE dever existir uma admissibilidade, de princípio, da possibilidade de ligações e vínculos directos entre o dono

⁹³ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos Compra e Venda, Locação, Empreitada*, Almedina, 2000, Pág. 373.

⁹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Reimp. da ed. de 1989, Coimbra, Almedina, 2006, Pág. 176 e 177.

⁹⁵ ALBUQUERQUE, Pedro de, e RAIMUNDO, Assis, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial, Contrato de Empreitada*, Vol. II, 2012, Pág. 187.

da obra e o subempreiteiro. E, assim, tem o subempreiteiro o direito, face ao dono da obra, de exigir o pagamento do preço da subempreitada que não tenha ainda sido satisfeito pelo empreiteiro (o subempreiteiro pode demandar o dono da obra para obter o pagamento do preço da sua parte da empreitada, se o empreiteiro incumprir o dever de lhe pagar)⁹⁶.

3.3.4. Nossa Posição à adotar

De tudo que foi dito, no nosso humilde entendimento, acreditamos que ficaram argumentos suficientes para se proceder ao reconhecimento do Direito de retenção ao subempreiteiro sobre a obra do terceiro, o dono da obra, em caso de falta de pagamento do preço da subempreitada pelo empreiteiro.

Nesta linha de ideia, congratulamos o pensamento dos Profs. Pedro Romano Martinez e Pedro de Albuquerque que defendem a tese afirmativa e positiva do Direito de retenção do subempreiteiro nos moldes em que se admite o Direito de retenção para o empreiteiro, divergindo apenas nos fundamentos invocados.

Com isto, na nossa humilde opinião, compartilhamos do posicionamento e defendemos a existência do Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra do terceiro, o dono da obra, em caso de falta de pagamento do preço da subempreitada pelo empreiteiro, para tal apresentamos dois fundamentos baseados em censo de justiça material e de igualdade.

O primeiro fundamento alicerçado a ideia de justiça material e de igualdade nos deparamos com ele quando estamos em face do Direito de retenção especial previsto no artigo 755º do C. Civil.

Dentro das modalidades do Direito de retenção, constamos no capítulo anterior que o legislador pátrio admite dois tipos de Direito de retenção, temos a retenção geral prevista no artigo 754º do C. Civil e a retenção especial prevista no artigo 755º do C. Civil.

Conforme se extrai do artigo 755º do C. Civil, gozam do Direito de retenção: a) O transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte; b) O albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada ou

⁹⁶ ALBUQUERQUE, Pedro de, e RAIMUNDO, Assis, “*Direito das Obrigações, Contratos em Especial, Contrato de Empreitada*”, Vol. II, 2012, Pág. 189.

accessórios dela, pelo crédito da hospedagem; c) O mandatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua actividade; d) O gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta; e e) O depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhes tiverem sido entregues em consequência dos respectivos contratos, pelos créditos deles resultantes.

Analisado o conteúdo normativo do artigo 755º do C. Civil, percebemos que o legislador confere aos sujeitos referenciados naquele dispositivo legal, o Direito de retenção sobre as coisas que estão na sua posse sem se interessar sobre a titularidade do mesmo, se pertence na verdade ao contratante devedor ou a um terceiro, possível proprietário. Vejamos agora a seguinte hipótese para elucidar melhor o nosso entendimento.

A alínea a), n.º 1 do artigo 755º do C. Civil, estabelece que o transportador tem Direito de retenção sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte, ou seja, esse dispositivo legal admite que no âmbito do contrato de transporte de mercadoria, celebrado entre o remetente e a transportadora para transportar a mercadoria até ao destinatário. No entanto, a lei admite que em caso de não pagamento do preço pelo transporte da mercadoria que a transportadora possa reter a mercadoria até o seu pagamento, sem se importar sobre a real titularidade da coisa, se pertence ao remetente a propriedade da coisa, a pessoa que celebrou o contrato de transporte ou se pertence ao destinatário a propriedade das mercadorias.

No entanto, imaginemos no cenário em que o Direito de propriedade sobre os produtos transportados pertencem ao Destinatário e é celebrado o contrato de transporte entre o remetente e a transportadora, no âmbito desse contrato, são as partes o remetente e transportador e sendo o destinatário um terceiro nessa relação contratual, mesmo assim, a transportadora poderá exercer o seu direito de retenção sobre a mercadoria transportada até que lhe seja pago o preço do contrato seja pelo remetente, contratante ou pelo destinatário, terceiro e real proprietário das mercadorias.

O mesmo cenário se aplica quando estamos perante aos demais direitos especiais de retenção previstos no artigo 755º do C. Civil.

Sendo assim, entendemos que por uma razão de justiça material e de igualdade o mesmo que o legislador admite os retentores especiais de reter as coisas pertencentes a terceiros, seja reconhecido o Direito de retenção ao Subempreiteiro sobre a obra do terceiro,

o dono da obra, pelo não pagamento do preço ao subempreiteiro pelo empreiteiro, nos mesmos termos em que se admite o Direito de retenção para o empreiteiro.

Sendo assim, entendemos que para o exercício do Direito de retenção do subempreiteiro é necessário que se encontrem preenchimento os requisitos indicados no artigo 754º do C. Civil, que são: a) a detenção lícita da obra executada por parte daquele que invoca esse mesmo direito; b) que o detentor, devedor da entrega da coisa, seja simultaneamente credor daquele a quem ela é devida; e c) que o crédito do detentor esteja diretamente conexionado com a coisa detida

O segundo e último argumento que apresentamos está ligado ao beneficiou directo da prestação a que vinculada o subempreiteiro no contrato de subempreitada.

Entendimento este avançado pelos Profs. PEDRO ALBUQUERQUE e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, em reconhecer o Direito de retenção do subempreiteiro, por motivos de equilíbrio da relação e pelo facto de o dono da obra beneficiar diretamente do trabalho realizado pelo empreiteiro, nas hipóteses de não ter havido pagamento, pelo comitente, ao empreiteiro, tem o subempreiteiro direito de retenção sobre a coisa e poder exercê-lo mesmo contra o dono da obra, até ser pago pelo seu trabalho e despesas⁹⁷”.

Nos comungamos do mesmo pensamento, sendo que, nos termos do artigo 397º do C. Civil « Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação». A prestação traduz-se numa conduta levada a cabo pelo contratante em beneficiou do outro.

Nos parece ser justo, ainda que na relação jurídica de subempreitada o dono da obra seja considerado terceiro, ser reconhecimento o Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra, sendo que, a pessoa que vai se beneficiar diretamente da prestação do subempreiteiro é o dono da obra.

⁹⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de, e RAIMUNDO, Assis, “*Direito das Obrigações, Contratos em Especial, Contrato de Empreitada*, Vol. II, 2012, Pág. 340.

CONCLUSÕES

A presente dissertação visou essencialmente em analisar oononibilidade do Direito de Retenção do Subempreiteiro face ao Direito de Propriedade do Terceiro, originário Dono da obra, no intuito dê-se aferir, se perante uma situação de incumprimento parcial ou total da obrigação principal da subempreitada, de pagar o preço da obra pelo empreiteiro, realizada pelo subempreiteiro, poderá ser reconhecido o exercício legítimo do direito de retenção por este sobre a obra como forma de garantir o cumprimento da obrigação?

É mister, antes dê-se proceder a apresentação das ilações alcançadas pelo estudo, destacar que os objectivos da presente pesquisa foram todos alcançados, tendo em atenção a estrutura do presente trabalho, sendo que, os capítulos apresentados constituem uma reflexão dos objectivos estabelecidos.

A presente dissertação contou com quatro (4) capítulos, onde foram apresentados e discutidos os tópicos que entendemos ser indispensável para a real compreensão do problema apresentado e as possíveis soluções constatadas no desenvolvimento do trabalho.

Sem supressas, o primeiro capítulo da presente dissertação foi referente as opções metodológicas empregues na realização do estudo, onde vale destacar que os métodos aqui seleccionados nos permitiram a melhor elaboração do trabalho sem muitos empecilhos, desde a formulação do problema de pesquisa até as conclusões aqui apresentados.

No segundo capítulo, onde foi apresentado e discutido o marco teórico, referente ao Direito de Propriedade, o contrato de empreitada e subempreitada. Nesse capítulo foi possível constatar que o Direito de propriedade enquanto Direito real constitui o único Direito real pleno e exclusivo, tornando-se assim um Direito ilimitado, composto pelos três poderes reais, uso, fruição e disposição, querendo isso dizer que o titular do Direito de propriedade de o Direito de usar, fruir e dispor das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.

Entretanto, a aquisição do Direito de Propriedade pode dar-se por aquisição originaria (artigo 1316º do C. Civil), onde o direito do adquirente (o proprietário) constitui um direito novo, que não depende do direito do anterior titular, mas sim do facto aquisitivo, como a celebração de um contrato empreitada, para ser titular de uma obra. Ou seja, o titular

de uma obra, enquanto proprietário dela pode celebrar um contrato de empreitada com um empreiteiro para a construção do imóvel pretendido.

Nestes termos entendemos o contrato de empreitada como sendo um contrato de prestação de serviço, onde uma das partes fica obriga a outra a realizar certa obra, mediante o pagamento de um preço convencionado.

No entanto, por questões de demanda do empreiteiro a nossa lei civil admite com que este, com anuência e sem assentimento do proprietário, celebrar uma subempreitada, entregando a responsabilidade da obra a um terceiro, ficando este obrigado a realização da obra nos mesmo termos estabelecidos entre o empreiteiro e o dono da obra, mediante o pagamento de um preço convencionado com o empreiteiro.

Dentro das modalidades da subempreitada chegamos a conclusão de que, a modalidade discutida no presente trabalho diz respeito a subempreitada sem consentimento do dono da obra, porque só nessa modalidade em que o subempreiteiro assume o papel de um verdadeiro terceiro dentro da relação de empreitada.

Outrossim, constatamos que o contrato de empreitada e subempreitada são contratos que estão funcionalmente dependentes, sendo que, não se pode falar do contrato de subempreitada sem que seja este contrato antecedido de um contrato de empreitada, isto e, a existência da subempreitada esta dependente da existência da empreitada.

Por conseguinte, no terceiro capítulo, onde debruçou-se sobre o Direito das garantias e o Direito de retenção enquanto uma garantia real. Nesse capítulo constatamos apesar do Direito de propriedade ser considerado um Direito pleno não é um absoluto, mas sim relativo, sendo que, a lei admite que o exercício desse Direito seja limitado, por vontade do titular (constituição de usufruto ou de penhor) ou por imposição legal através do exercício de um outro direito, como o Direito de Retenção.

Sendo as garantias o meio pelo qual o legislador prevê para assegurar a satisfação do direito de credito do sujeito activo, a lei admite que em algumas situações a constituição dessas garantias possam limitar o exercício pleno do Direito de propriedade, assim, quando estamos perante o Direito de retenção enquanto uma garantia real, a sua constituição impede com que o titular do Direito de propriedade possa usar, fruir e dispor da coisa, sendo que, o Direito de retenção é consiste basicamente na apreensão material de uma coisa objecto directo do contrato pelo devedor retentor enquanto não lhe for pago o preço.

Ao final, no último capítulo dessa dissertação buscamos apresentar as possíveis respostas ao problema de pesquisa, que consistia em saber, se perante uma situação de incumprimento parcial ou total da obrigação principal da subempreitada, de pagar o preço da obra pelo empreiteiro, realizada pelo subempreiteiro, poderá ser reconhecido o exercício legítimo do direito de retenção por este sobre a obra como forma de garantir o cumprimento da obrigação?

Em resposta a essa questão chegamos a conclusão de que, o nosso Código Civil no seu artigo 754º, pelos pressupostos aí patente, admite o exercício do Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra do terceiro, enquanto não lhe for pago o preço pelo empreiteiro, querendo isto dizer que, o exercício do Direito de retenção do subempreiteiro está condicionado ao preenchimento dos requisitos indicados no artigo 754º do C. Civil, que são: a) a detenção lícita da obra executada por parte daquele que invoca esse mesmo direito; b) que o detentor, devedor da entrega da coisa, seja simultaneamente credor daquele a quem ela é devida; e c) que o crédito do detentor esteja diretamente conexionado com a coisa detida.

SUGESTÕES

Dada a relevância do Direito de retenção e diante do que até aqui ficou exposto, e como forma de realização de uma verdadeira justiça material no ordenamento jurídico moçambicano, deixamos as seguintes sugestões:

- a) Passar-se a reconhecer a existência do Direito de retenção do subempreiteiro sobre a obra do terceiro, dono da obra, face ao incumprimento total ou parcial da obrigação principal de pagamento do preço pelo empreiteiro, nos termos de uma retenção geral prevista no artigo 754º do Código Civil.
- b) Reconhecer-se a existência de uma obrigação solidária entre o empreiteiro e o dono da obra, regulada nos termos gerais das obrigações solidárias prevista nos artigos 512.º a 533.º do Código Civil, em função disso, admitir-se-á o Direito do subempreiteiro de reclamar directamente ao dono da obra o pagamento do preço convencionado com o empreiteiro na subempreitada, pelo incumprimento daquele, em razão disso, terá o dono da obra o Direito de regresso sobre o empreiteiro quanto as quantias pagas ao subempreiteiro ou compensar as obrigações nos termos do artigo . 847.º a 856.º do Código Civil.
- c) Em razão do Principio do não enriquecimento sem causa, consagrado nos 473.º a 482.º do Código Civil, o subempreiteiro não pode reclamar ao dono da obra quantias superior daquelas que são devidas pelo empreiteiro para alem daquelas convencionadas no contrato de subempreitada e por corolário disso, o dono da obra pode opor-se ao pagamento do preço ao subempreiteiro, sempre que seja exigido montantes superiores ou invocar qualquer outra causa extintiva ou impeditiva do direito do subempreiteiro a que o empreiteiro teria Direito, como a prescrição de Direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

➤ Legislação

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República*, (2018) in Boletim da República I série nº 115 de 12 de Junho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de Novembro de 1966, *Código Civil*, In Boletim da Republica, I Série Nº? de 25 de Novembro de 1966.

➤ Jurisprudência

Acórdão de 10-01-2006 - Nº do Documento: SJ200601100033316 Empreitada / Subempreitada / Dono da Obra / Responsabilidade Civil / Solidariedade / Reembolso / Direito De Regresso / Intervenção Provocada / Inutilidade Superveniente da Lide – consultável em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fe8f8a3f024751018025711e005af95c>, no dia 21 de outubro de 2023. RELATOR: ARLINDO OLIVEIRA

Ac. do Tribunal da Relação de 11 de março de 2008, com o processo n.º4/04.4TBVNO.C2. Ac. do STJ de 4 de fevereiro de 2010, com o processo n.º4913/05.5TBNG.P1.S1. RELATADO POR PINTO MONTEIRO

➤ Manuais e Livros

ALBUQUERQUE, Pedro de, e RAIMUNDO, Assis, “*Direito das Obrigações, Contratos em Especial, Contrato de Empreitada*”, Vol. II, 2012.

ALMEIDA, A. Pereira de, *Direito Privado II (Contrato de Empreitada)*, AAFDL. Lisboa, 1983.

ANDRADE, Olavo de. *Notas sobre o direito de retenção*. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & C. Editores, 1922.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: reais*. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. V. 1. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARVALHO, J. Eduardo, *Metodologia de trabalho Científico - “saber-fazer” da investigação para dissertações e teses*, Lisboa, Escolar Editora, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997.

CORREIA, Ferrer e RIBEIRO, Joaquim Sousa, *Parecer intitulado “Direito de Retenção Empreiteiro”* publicado in CJ 1988.

COSTA, Salvador da, *O Concurso de Credores*, 3.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 11.^a Ed. Revista e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA, Mário Júlio Almeida, “*Direito das Obrigações*”, 12.^a ed. Revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2009.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*. Volume XI. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1958.

DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 3.^aed revista e aumentada, Cascais, Principia, 2013.

FERNANDES, L. Carvalho, *Da subempreitada*, Conferência sobre Contrato de Empreitada, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Março de 1996.

FONSECA, Ana Taveira da, “*Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*”, Almedina, Coimbra, 2015.

FRANÇA, Miguel Ângelo, *Direito de Retenção (Algumas das) suas Implicações na Acção Executiva*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, n.º 11, 2003.

FREITAS, José Lebre de, “*A transmissão do direito à indemnização por benfeitorias e a caducidade do direito de retenção pelo facto da venda executiva*”, Estudos sobre direito civil e processo civil, vol. I, 2.^a ed, Coimbra Editora, 2009.

GIL, Antônio Carlos, *Como Elaborar Projectos de Pesquisa*. 4.^a edição, Editora Atlas S.A. São Paulo. 2002.

GOMES, Júlio, *Do Direito de retenção*, CDPriv., n.º 11, 2005.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *Estudos de Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2004.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, CEF, Lisboa, 1968.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Contrato de empreitada*, 9.^a edição, Coimbra, Almedina, 2010-2014.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Garantia das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009.
- LEITÃO, Menezes, *Direitos Reais*, 2.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2011.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3^a ed. rev. e act., Coimbra, 1986.
- MARIANO, João Cura, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 6^o edição, Coimbra, Almedina, 2015.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *O contrato de empreitada no Direito Romano e no Antigo Direito Português*, Direito e justiça, 0871-0336, vol7, 1993.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, 1994.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos Compra e Venda, Locação, Empreitada*, Almedina, 2000.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Reimp. da ed. de 1989, Coimbra, Almedina, 2006.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo código civil anotado*. 2. ed. Volume V. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2^a Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017.
- MELLO, Cleyson de Moraes, *Direito Civil - Direito das Coisas*, 2^a Edição, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2017.
- MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coleções Teses, Almedina.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- MORREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos, *Direitos Reais*. Almedina, Coimbra, 2009.
- MOTA NUNES, Fernando Jorge da Costa, *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*, Dissertação de Mestrado em Direito Privado apresentado a Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto na Faculdade de Direito – Escola do Porto, Porto, 2012.
- NUNES, Fernando Jorge da Costa Mota, *O Direito de Retenção do Empreiteiro na Empreitada de Construção de Imóveis*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito – Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.
- ORNELAS, Janine Mendes, *Contrato de Empreitada - Defeito Oculto*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de

Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências jurídico-forenses, Coimbra, 2017.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*. Edição histórica. Vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

PRODANOV, Cleber Cristiano e FREITAS, Ernani Cesar de, *Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*, 2ª edição, Universidade Feevale, Rio Grande do Sul – Brasil, 2013.

RUIZ, João Álvaro, *Metodologia científica: guia para a eficiência nos estudos*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SABA, Diana Tognini, *Direito de Retenção e Seus Limites*, Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo-SP 2016.

SILVA, Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra: Almedina, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes, *“Das Obrigações em geral”*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999.