

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS

CLEUDA PEREIRA DAL'RIO VIANNA

SÃO MATEUS – ES

2007

CLEUDA PEREIRA DAL'RIO VIANNA

EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS

Trabalho apresentado ao Curso de Direito, como pré-requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, sob a orientação do Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

SÃO MATEUS

2007

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por ter me permitido chegar até aqui.

A todos os professores que ensinam com o coração, em especial ao professor Samuel Davi Garcia Mendonça, à professora Renata Zanette, pelas orientações fornecidas.

Aos colegas, pelo companheirismo.

Ao meu esposo, que sempre me incentivou em todos os sentidos e principalmente a continuar estudando.

E aos meus queridos filhos, pela compreensão por tantas ausências.

“Para chegar ao fim das coisas, o primeiro passo é julgá-las possíveis.”

Rei Luiz XIV

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 SURGIMENTO DO CONCEITO DE POSSE NO DIREITO ROMANO.....	09
1.1 Teorias de Savigny e Ihering.....	15
2 CLASSIFICAÇÃO DA POSSE.....	20
2.1 Quanto à Origem.....	21
2.1.1 Posse justa e posse injusta e efeitos.....	21
2.1.2 Posse violenta e efeitos.....	22
2.1.3 Posse precária e efeitos.....	22
2.1.4 Posse clandestina e efeitos.....	23
2.1.5 Posse de boa e de má-fé e efeitos.....	24
3 EFEITOS EM RELAÇÃO ÀS BENFEITORIAS (CC, arts. 1219 a 1222).....	26
4 DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS.....	29
4.1 Direito de Retenção.....	29
4.2 Referência Histórica.....	30
4.3 Direito Comparado.....	31
4.3.1 Código civil mexicano.....	31

4.3.2 O direito italiano.....	31
4.3.3 Código de napoleão.....	32
4.3.4 O direito alemão.....	32
4.3.5 Código civil japonês.....	33
4.3.6 Código civil brasileiro.....	33
4.4 Elementos Fundamentais do direito de Retenção por Benfeitorias.....	34
4.5 Conceito de direito de Retenção por Benfeitorias.....	35
4.5.1 Análise do conceito.....	35
4.5.2 Importância prática do conceito.....	39
4.6 Natureza Jurídica e Oponibilidade a Terceiros.....	39
5 EMBARGOS DO EXECUTADO E DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS.....	44
6. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS E O DIREITO DE RETENÇÃO.....	46
7 CONCLUSÃO.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida do polêmico tema embargos de retenção por benfeitorias, que consiste, em verdade, em uma questão relativa ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias.

No desenvolvimento da pesquisa, verificou-se a instabilidade do terreno por onde se pisa quando se trata do tema em análise, com pouquíssimos subsídios doutrinários acerca do assunto.

A título de exemplo na esfera processual, mencionam-se as questões referente à natureza jurídica dos embargos de retenção por benfeitorias, bem como da sentença que os julga, recursos cabíveis e os efeitos de seu recebimento, parte legitimidade, requisitos da petição inicial, o oferecimento dos artigos de liquidação de frutos e danos, procedimento, prazo para interposição, necessidade ou não do depósito da coisa, suspensividade dos embargos, o procedimento e natureza da caução oferecida pelo credor-exequente.

O tema em apreço conduz, inevitavelmente, a uma análise pertinente às benfeitorias, sua classificação, identificação de figuras correlatas. O estudo da figura do possuidor levou às teorias de posse, à posição do legislador pátrio e às diversas modalidades de seu exercício, principalmente no que diz respeito à posse de boa fé ou má-fé. Essas modalidades são decisivas para a existência do direito de retenção e freqüentemente confundida com posse justa ou injusta. Seguindo-se, por consequência lógica, uma apreciação do direito de retenção que deve ser conceituado e delimitado.

Buscou-se subsídios no estudo jurídico da lei, da doutrina e da jurisprudência.

O estudo da legislação foi fundamental à perfeita compreensão e apreensão de determinados aspectos do tema.

As obras doutrinárias, escassas no terreno processuais e profícuas no do direito substantivo, foi objeto de estudo comparativo, decisivo à consecução de muitas das conclusões.

A jurisprudência, por turno, mereceu atenção especial, funcionando como verdadeiro vetor referencial de praticamente todas as questões estudadas.

1 SURGIMENTO DO CONCEITO DE POSSE NO DIREITO ROMANO

Historicamente a posse tem caráter dinâmico à posse, não é necessariamente pressuposto para aquisição do domínio, a posse é a possibilidade de fato, estabelecida por um ato, do exercício reiterado de um direito. Ela tem, por si só, conseqüências importantes, quem possui está extraindo os serviços que o bem oferece, possui benefício pela produtividade que impõe á coisa. Mantendo na posse, o possuidor obtém vantagens. E isto merece ser preservado em oposição ao proprietário inerte (ALVES, 1999). Por isso é que se justifica perquirir a respeito do domínio.

O que se vai enfrentar, em cada caso concreto, é apenas o fato da posse, ou seja, a utilização do bem. Pouco importa que ela seja conseqüência de um título ou resultante de um fato. O que interessa é saber quem deu destinação econômica ao bem, quem exigiu seus serviços. Só em juízo petitorio haverá lugar para a perda do bem pelo possuidor. Considerando os limites da ação reivindicatória, o socorro aos interditos é compreensível, embora não se possa descartar a força psicológica do domínio. A idolatria que sempre cercou o domínio prejudica sensivelmente o instituto da posse. Esta acaba em posição secundária, o que é um equívoco, porque, do ponto de vista econômico-social, muitas vezes a posse é mais significativa do que a propriedade, pois implica em circulação de riqueza que decorre da utilização real e decisiva do bem.

Os bens à disposição dos homens têm finalidades próprias e peculiares que se manifestam na utilidade que traduzem para o individuo. Alguns desses

bens são inesgotáveis (o ar, a luz solar etc.) e não despertam por isso mesmo, a ambição humana. Outros bens são úteis raros atendem a uma carência, respondem a um interesse. São esses que criam zona de choque, de atritos que comprometem a harmonia social. Os bens têm um destino econômico que se agita segundo a destinação usual e corrente que lhe presta a coletividade, a par de outra, própria e peculiar ao indivíduo. Com isso queremos dizer que existe um significado social e outro individual, não sendo possível, em abordagem da posse, desprezar o primeiro (ARRUDA ALVIM, 1987).

Tomemos um exemplo para melhor compreensão do pensamento. Um imóvel rural, quem mora em imóvel rural, sem praticar qualquer ato de produção, não o possui, porque a finalidade, a destinação econômica, não se esgota ou se manifesta apenas no ato de habitar. Morar tem um significado individual, mas não realiza o fim social, a destinação econômica que só se cristaliza a partir do momento em que a terra é aplicada na agricultura, pecuária ou agropecuária. Aqui ainda registra-se um equívoco. Alguém sustenta possuir uma fazenda reportando-se as dimensões que constam do registro imobiliário. Atua em verdade em pequena área em uma parcela mínima de gleba (terreno próprio para cultura; torrão). Pede a tutela possessória e a decisão, invariavelmente, assegura a posse de todo o imóvel. O mesmo ocorre em matéria de usucapião.

A procedência do pedido possessório, ou do usucapião, deveria se circunscrever à área objeto de posse efetivamente, limitando-se aos limites em que houvesse a utilização do bem segundo sua destinação econômica (CAHALI, 1998). Só assim tem-se o estado normal de servir ao homem.

A posse é uma forma de apropriação dos bens, que se caracteriza e justifica não porque existe a propriedade, mas pelo caráter ativo que apresenta. A disciplina da propriedade é uma das formas que dispõe o ordenamento jurídico para que o tráfico social encontre desenvolvimento capaz de assegurar o equilíbrio, e a paz indispensáveis à vida da coletividade.

Segundo Clóvis Bevilacqua (apud, RIZZARDO, 1991, p. 11), o direito das coisas é o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Deste modo verifica-se que não são todas as coisas que interessam ao mundo jurídico. Somente concernem ao direito das coisas os bens podem ser objeto de apropriação pelo homem, quer sejam móveis ou imóveis. O direito das coisas, de um modo geral, compreende tão somente bens materiais, isto é, a propriedade e os seus desmembramentos.

A posse está presente no direito Romano, indicando uma relação material entre pessoa e bem, uma relação de fato com a coisa, que permitia dela dispor de forma plena. Constituíam com a propriedade os dois tipos de relação do homem com a terra. O instituto não despertou a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da posse entre os juristas romanos. O espírito prático do romano limitou-se à casuística, descendo a minúcias como a tripartição da *possessio em civilis, ad interdicta e naturalis*, no que se refere à sua proteção, desenvolvem-se nas fases pré-clássica e pós-clássica (DINIZ, 2002).

Ela está na fase pré-clássica, convivendo com a propriedade. Conheciam-se duas formas de utilização econômica dos bens: Propriedade, em

que o desfrute do imóvel decorria da titularidade do domínio; *Possessio*, em que era possível desfrutar independentemente da propriedade.

A *possessio* inicialmente, era um senhorio que o chefe da gens concedia sobre a terra aos clientes, com a obrigação de restituir logo que exigida. Incidia sobre os campos ou fundo de terra que ficavam fora da cidade propriamente dita. Eram de propriedade comum da “gens”. Sua utilização se fazia pelos habitantes da cidade que não podiam apropriar-se, limitando-se ao uso, que recebia a denominação de “*usus, usus fructus, e possessio*” (FONSECA, 1944).

Cristalizava-se uma situação de fato que decorria de três circunstâncias: Ou não havia adquirir a propriedade, como se dava com os bens destinados ao uso comum; é o que se passava com “*ager puhlicus*”, que não admitia apropriação; Ou uma das partes não reunia segundo o “*ius oluirituum*” qualidades para se proprietários; Ou o meio utilizado para a transferência do domínio não era hábil para transferir a propriedade, transmitindo-se apenas a posse. As condições exigidas eram: ter por objeto um imóvel romano ou itálico; pertencer a um cidadão romano e só ser transferível por um modo solene. Ausente qualquer um dos requisitados citados, encontrando-se a coisa em poder de alguém tínhamos a *possessio*. É no curso desse período que surge a proteção pelos interditos que alcança todas as posses que conduzem à usucapião, alcançando tanto a posse separada da propriedade, como a posse do proprietário. A *possessio* designava, também, o poder do credor pignoratício, ou seja, de quem tinha em suas mãos coisa alheia a título de garantia, de seqüestro, como depositário de coisa alheia (FULGÊNCIO, 2000).

No período clássico encontramos a *possessio* irrevogável, reunindo a disponibilidade física da coisa acompanhada do desejo de possuí-la em definitivo, hábil à aquisição por usucapião. Este reclama a posse, a justa causa e a boa fé. A posse do precarista, do credor pignoratício e do sequestrário apresentava caráter excepcional, porque se exigia, então, a boa fé fugindo do que se passava anteriormente (DINIZ, 2002).

No período pós-clássico vincula-se a *possessio* verdadeira à propriedade. Estabelece-se uma correlação entre a propriedade e a posse, sendo aquela o suporte jurídico desta. Toda relação entre pessoa e coisa que não se funda no título ou na justa causa, equivale à detenção, a posse deixa de ser relação de fato e torna-se uma consequência do direito (GONÇALVES, 2006).

Na sua origem, a posse, não encontrou uniformidade de pensamento. Uma corrente entende que ela se encontra na proteção possessória por meio dos interditos que visava tutelar a posse do “*ager publicus* e *ager privatus*”. Aqueles eram objetos de concessões, admitindo revogação a qualquer tempo. Inicialmente elas alçavam apenas aos patrícios, para mais tarde atenderem aos plebeus, multiplicando os conflitos e criando o interdito *uti possidentis*. Esse interdito complementava o sistema destinado a assegurar a manutenção do *status quo* possessório. Não se admitia que a posse fosse viciada em relação ao adversário (FONSECA, 1944).

Não é uniforme o pensamento a respeito da Natureza Jurídica da posse, sustenta Savigny que a posse é ao mesmo tempo um direito e um fato. Considerada em si mesma é um fato; considerada nos efeitos que gera, isto é, usucapião e interditos, ela se apresenta como um direito (IHERING, 2005).

Segundo a Teoria de Ihering posse é um direito. Partindo de sua célebre definição de direito subjetivo, segundo a qual aquele é o interesse juridicamente protegido, é evidente a natureza da posse.

Verdade que a posse difere dos outros direitos porque, enquanto nestes o fato que da margem ao seu surgimento desaparece com a nascença do direito, na posse o direito só existe enquanto situação de fato existir. Com efeito, nos outros direitos, o direito se separa do fato que o engendrou – tradição, ocupação, contrato, delito – desde o momento em que é engendrado; aqueles fatos, desde esse momento, pertencem ao passado; enquanto na posse, ao contrário, a manutenção da relação do fato é condição da sobrevivência do direito á posse.

Não são poucos, entretanto, os juristas que negam á posse a natureza de um direito.

Já alguns doutrinadores, entendem que a posse é o meio estado de fato, que a lei protege, em atenção à propriedade, de que ela à manifestação exterior.

Aliás, não se pode considerar a posse direito real, porque ela não figura na enumeração do art.1.225 do Código Civil, aquela regra é taxativa é não exemplificativa, tratando-se, ali, de *numerus clausus*.

1.1 Teorias de Savigny e Ihering

Na explicação do conceito posse, surgiu numerosas teorias. Entre as que procuram fixar o seu conceito, duas merecem a atenção do mundo jurídico: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering (GONÇALVES, 2006).

Segundo Savigny, dois os elementos da posse: o *corpus* e o *animus*. O *corpus* é o elemento objetivo material, que representa o poder físico da pessoa sobre a coisa, ou a intenção física da coisa. O *animus* é o elemento subjetivo, intelectual, ou seja, a intenção de ter a coisa.

A posse concretiza-se, assim pela conjugação desses dois elementos. Isoladamente, nenhum desses elementos basta para constituir a posse. Se existir apenas o contato material o *corpus* sem o *animus*, não há posse; haverá aí mera detenção. Igualmente, faltando o *corpus*, haverá apenas o fenômeno psíquico, sem qualquer repercussão no mundo jurídico. Savigny, em sua teoria clássica sobre a posse, valoriza muito o elemento *animus*, fazendo-o o núcleo de sua concepção. Nessas condições, Savigny só reconhece a existência da posse quando há o *animus domini*, além do poder material sobre determinada coisa.

O locatário, o comodatário, o depositário por exercerem, apenas, um poder físico sobre determinada coisa, sem a intenção de tê-la como dono, não são considerados possuidores; são menos detentores porque lhes falta a vontade interior de ter a coisa como sua. Não gozam tais pessoas de uma proteção direta. Assim se fossem turbados no uso e gozo da coisa que está em seu poder

deverão dirigir-se à pessoa que lhes conferiu a detenção, a fim de que esteja como possuidora que é, invoque a proteção possessiva (LOUREIRO, 2004).

Segundo Savigny a posse é, sem dúvida, um fato que se converte em direito, porque a lei o protege.

Essa teoria de fundamento subjetivista marcante teve grande receptividade. Nas legislações do século XIX. Atualmente não condiz com a mentalidade jurídica moderna, não merecendo ser acolhida pelo mundo do direito. Apesar disso, fácil é perceber alguns resquícios dessa concepção em certas legislações. Até o nosso Código Civil não conseguiu desvencilhar-se totalmente dessa doutrina, como se pode verificar nos artigos 1.204 e 1.223, alusivos à aquisição e perda da posse (MONTEIRO, 2003).

Ihering erige a teoria objetiva. Admite a presença do corpus e do *animus*, mas com significado diferente daquele empregado pela teoria subjetiva.

O *corpus* não seria, historicamente, apenas o poder físico, mas a relação exterior entre o possuidor e a coisa, segundo sua destinação econômica. Este jurista considera de início, que a posse é a condição do exercício da propriedade, pois esta, sem aquela, é como um cofre sem chave. Posse não significa apenas a detenção da coisa; ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o *animus* nada mais é do que o propósito de servir-se da coisa como proprietário. Assim, o lavrador que deixa sua colheita no campo não a tem fisicamente, entretanto, a conversa em sua posse, pois que age, em relação ao produto colhido, como o proprietário ordinariamente o faz. Mas, se deixa no mesmo local

uma jóia, evidentemente não mais conserva a posse sobre ele, pois não é assim que o proprietário age em relação a um bem dessa natureza (PEREIRA, 1923).

Não é mister um conhecimento mais profundo para saber se alguém é ou não possuidor. Tal ciência decorre do bom senso. O camponês que encontra animal capturado por armadilha, sabe que o mesmo pertence ao dono desta, desse modo, se o tirar dali, não ignora que pratica furto, posto que o esteja subtraindo da posse de seu dono; o madeireiro; que lança à correnteza aos troncos cortados na montanha para que o rio os conduza à serraria, não tem o poder físico sobre os madeiros, mas conserva a posse, pois assim é que age o proprietário; o transeunte, que vê materiais de construção ao pé da obra, sabe que eles pertencem ao dono desta, embora não se encontrem sob a sua detenção física (RIZZARDO, 1991).

Todos estes exemplos, tirados do próprio Ihering, servem para revelar uma circunstância a de que o possuidor é aquele que age em face da coisa corpórea como se fosse o proprietário, pois a posse nada mais é do que uma exteriorização da propriedade.

A lei protege todo aquele que age sobre a coisa como se fosse o proprietário, explorando-a, dando-lhe o destino para que economicamente foi feita. Em geral, quem assim atua é o proprietário, de modo que, protegendo o possuidor, no mais das vezes o legislador está protegendo o proprietário.

Em conclusão, protege-se a posse porque ela é a exteriorização do domínio, pois o possuidor é o proprietário presuntivo. Tal proteção é conferida através das ações possessórias (RODRIGUES, 2003).

Enquanto a ação reivindicatória é a propriedade na ofensiva, a ação possessória é a propriedade na defensiva.

Desse modo, a proteção possessória serve de escudo à propriedade, apresenta-se como um complemento de sua defesa, pois através dela no mais das vezes, vai o proprietário ficar dispensado da prova de seu domínio.

Em suma poder-se-ia dizer que:

- a) A posse é a condição de fato da utilização econômica da propriedade.
- b) O direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade.
- c) A posse é um meio de defesa da propriedade.
- d) A posse é uma rota que leva à propriedade.

“O Código Civil Brasileiro afastou inteiramente a construção de Savigny, por não corresponder à realidade dos fatos, nem a lógica do direito, e adotou a doutrina de Ihering, segundo ela se manifesta” (FIGUEIRA JR., 1994, p. 86-87).

A prova de que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria de Ihering se encontra no art. 1.196, que caracterizando a pessoa do possuidor fornece os elementos para extrair-se o conceito legal de posse: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”, dispositivo correspondente no Cód. Civil de 1916, art. 485 (RODRIGUES, 2006).

Portanto, se o possuidor é aquele que atua frente à coisa como se fosse proprietário, pois exerce algum dos poderes inerentes ao domínio. Verdade que alguns passos; o legislador se deixou arrastar pela doutrina de Savigny, voltando à idéia de apreensão material da coisa. Mas, basicamente, o legislador disciplinou o instituto da posse, inspirado nas idéias de Ihering.

Este estudo leva à percepção entre Posse e Propriedade, pois, enquanto a propriedade é a relação entre a posse e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito, *a posse consiste em uma relação de pessoa e coisa*, fundada na vontade do possuidor, criando mera relação de fato. Tal relação de fato talvez nada mais seja do que a exteriorização do direito da propriedade. Esta circunstância, contudo, não é relevante, pois, mesmo que nenhum direito exista à posse, é ela protegida, até que o possuidor seja convencido por quem tenha melhor direito.

Numa segunda análise, poder-se dizer que a posse se distingue da propriedade, mas o legislador, querendo proteger o proprietário assegura o possuidor até que se demonstre não ter ele à condição de dono. Tal proteção, que se estriba numa preocupação de harmonia social e, transitória e sucumbe frente à prova do domínio (ROSENVALD, 2004).

2 CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

Classificar corretamente a posse não é apenas questão acadêmica ou simples exercício teórico; ela nem sempre se apresenta com características iguais, nem sempre é exercida da mesma maneira e essas variantes acarretam diferentes situações teóricas e práticas (VENOSA, 2003).

Segundo J. D. Figueira Jr. (1994, p. 196): “[...] A posse existe por si só, independentemente do direito real, não significando, necessariamente, corresponder, no mundo fático, a algum direito real. Tal correspondência pode existir, o não, sem que haja em requisito essencial”.

Quem ocupa um imóvel com o objetivo de transformar a sua posse em direito de propriedade, através de usucapião, certamente não tem posse igual à daquela pessoa que ocupa um imóvel na condição de comodatário. A posse do usufrutuário, por exemplo, oferece traços diferentes da posse do nu-proprietário. Da mesma forma, quem adquiriu de forma tranqüila e legal (MONTEIRO, 2003).

Assim se vê que as situações possessórias são diversificadas, com o que diversas são as suas conseqüências.

O Código Civil, em seu art. 1.196 diz considerar-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes peculiares á propriedade.

A posse é a exteriorização do domínio. Os atos praticados pelo fâmulo da posse não externam o seu propósito de atuar como dono da coisa, mas

refletem o intuito de se representado de agir como proprietários. Este, e não aquele é o possuidor. Do exame da lei é possível separar as espécies de posse, distinguindo-as (ROSENVALD, 2004).

2.1 Quanto á Origem

2.1.1 Posse justa e posse injusta e efeitos

A classificação da Posse em justa e injusta está vinculada diretamente a sua aquisição, pela incidência ou não de vícios objetivos. A posse é viciada objetivamente por circunstância que a desvia das prescrições da lei.

Se a aquisição se faz segundo determinação legal, e conforme ao direito, a posse é justa, se sua aquisição repugna ao direito, ou seja, está eivada de vício (violência, clandestina, precária) e ilícita a sua aquisição, a posse é injusta (GONÇALVES, 2006).

O Código Civil, em seu art. 1200, enuncia: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

A posse será injusta se apresentar, um dos vícios indicados, ou seja, precário como são conhecidos no Direito Romano.

A posse injusta, portanto será assim classificada se for originalmente violenta, clandestina ou precária.

2.1.2 Posse violenta e efeitos

É aquela que se adquire pela força. O vício caracteriza-se pela violência inicial. O possuidor é injusto consegue a posse contra a vontade do possuidor, pela prática de atos materiais irresistíveis, ou pela violência física, como psicológica ou moral (DINIZ, 2002).

Como o direito não pode compadecer com a violência, nega a ele ao esbulhador a proteção possessória. Com efeito, determina o art. 1208 do Código Civil que: “não autorizam a aquisição da posse aos atos violentos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”. Portanto, a tomada violenta de posse não gera efeito no âmbito do direito.

2.1.3 Posse precária e efeitos

É a se origina do abuso de confiança por parte de quem recebe a coisa com a obrigação de restituir (o comodatário, o depositário, etc.), mas recusa-se a devolver. Abusa da confiança. Quando lhe é pedida a restituição, ele se nega a fazê-la (RODRIGUES, 2003).

O vício da precariedade macula a posse, não permitindo que gerasse efeitos jurídicos. Aliás, o já referido art. 1208 proclama não induzirem posse os atos de mera permissão ou tolerância, a que, decerto, abrange a posse precária.

A posse precária não convalesce jamais, porque a precariedade não cessa nunca. O dever do comodatário, do depositário, do locatário de devolverem a coisa recebida, não se extingue jamais de modo que o fato de o reterem, e de recalcitarem em não gerando, em tempo algum, posse jurídica.

2.1.4 Posse clandestina e efeitos

É aquela que se estabelece às ocultas, de forma que o interessado não tem condições de ter-lhe ciência, a posse adquirida sem o conhecimento do Possuidor legítimo, e sem prática de violência física ou moral (DINIZ, 2002).

O antônimo de Clandestinidade é Publicidade. Para que exista posse é mister ser faz a publicidade, pois a posse só pode ser considerada como tal, quando for pública, vista que é definida como exteriorização do domínio.

Com efeito, se a posse nasceu clandestina, mas depois se tornou pública, através de atos ostensivos do possuidor, que além de ocupar a terra alheia, ali constrói planta e vive; se após a cessação da clandestinidade o proprietário se acomoda, deixando de reagir, por mais de ano e dia, então aquela posse que de início era clandestinidade, deixa de o ser, ganha juridicidade, possibilitando ao seu titular a inovação da proteção possessória.

2.1.5 Posse de Boa e Má-Fé e Efeitos

“É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa”. (Código Civil, art. 1.201).

Será de má-fé quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que a mesma é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua legitimidade (ROSENVALD, 2004).

A boa-fé repousa no estado psicológico do possuidor em relação à coisa ou direito possuído, que se assenta em elementos legitimadores desse estado psicológico.

O parágrafo único do art. 1.201 estabelece uma presunção *iuris tantum* de boa-fé, se o possuidor tem *justo título*, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admita essa presunção; que é o título hábil para conferir ou transferir o direito à posse, como a convenção, a sucessão, a ocupação.

O código toma título, não no sentido material, mas no de causa eficiente, elemento criador da relação jurídica.

É de suma importância no Campo dos interditos possessórios determinarem o momento em que a posse de boa-fé perde esse caráter, passando a ser de má-fé, pelas suas conseqüências práticas.

Já Tito Fulgêncio (2000, p. 44). sustenta que: “[...] Não se deve, fixar regras, a priori, inflexíveis [...]”.

A conversão da posse não tem lugar no momento em que o possuidor toma conhecimento da existência do vício ou obstáculo, mas, sim, quando as circunstâncias firmam a presunção de que não os ignora. É o que se contém no art. 1.202 do Cód. Civil.

A má-fé não é obstáculo aos interditos, a menos que seja oposta posse de boa fé.

Silvio Rodrigues nos diz: “A distinção entre posse de boa-fé e posse de má-fé é desmedida, pois variados são os efeitos, conforme se trate de uma ou de outra dessas espécies de posse” (1997, p.32).

Com efeito, veremos que um é o regime legal no que diz respeito às benfeitorias, aos frutos, ao prazo de prescrição aquisitiva, à responsabilidade pela deteriorização, se trata de posse de boa-fé, outro, se trata de posse de má-fé.

3 EFEITOS EM RELAÇÃO ÀS BENFEITORIAS (Art. 1.219 a 1.222)

Efeito dos mais importantes da posse é o relativo às benfeitorias que o possuidor tenha feito na coisa do possuído (FONSECA, 1944).

Benfeitorias, são os melhoramentos feitos pelo homem num bem, com o objetivo de melhorar-lhe o uso, evitar que se deteriore ou destrua, ou, simplesmente, com a finalidade de embelezar-lo ou torna-lo mais agradável.

Sempre que as benfeitorias aumentam ou facilitam o uso da coisa, denominam-se benfeitorias úteis. As que têm por finalidade evitar a deteriorização ou destruição da coisa denominam-se benfeitorias necessárias. E aquelas que apenas embelezam a coisa ou a tornam mais agradável, recebem o nome de benfeitorias Voluptuárias (FUNGÊNCIO, 2000).

A natureza das benfeitorias feitas pelo possuidor e a qualificação de sua posse, no que respeita aos seus direitos sobre elas, no momento em que deve restituir a coisa, ensejam soluções diferentes.

Assim, o possuidor de boa-fé tem direito a se indenizado pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias que tiver feito. No que concerne às voluptuárias, caso não lhe sejam pagas, poderá retirá-las, desde que a faça sem detrimento do bem principal. Este direito está reconhecido pelo art. 1.219 do Cód. Civil.

Contudo, como o possuidor tem sua posse qualificada como de boa-fé, a lei confere dupla garantia ao seu direito de ser indenizado. Tanto na parte final do art. 1.219 do Cód. Civil, lhe é assegurado o direito de retenção das mesmas

benfeitorias e da própria coisa, até que a indenização lhe seja efetivamente paga. Em caso de concurso de credores do reivindicante do bem, o crédito do possuidor tem privilégio especial, conforme está preceituado no art. 1566, inciso III do Cód. Civil.

A propósito das benfeitorias Voluptuárias, não compartilhamos inteiramente do tratamento dado ao possuidor de boa-fé, como nos diz art. 1.219 do Cód. Civil.

O direito de retenção é um dos vários meios diretos de defesa, que a lei, excepcionalmente, confere ao titular de um direito. Consiste na prerrogativa, concedida pela lei ao credor, de conservar a coisa alheia do momento em que a deveria restituir, em garantia de um crédito que tenha contra o credor e decorrente de despesas feitas ou perdas sofridas em razão da coisa.

Constitui um meio de defesa do credor, no sentido de que atua como elemento compulsivo, incidente sobre o espírito devedor, pois a recuperação da coisa só lhe será possível se efetuar o pagamento do débito. O reivindicante vitorioso na demanda, só obterá a entrega da coisa reivindicada se indenizar o possuidor de boa-fé das benfeitorias úteis e necessárias, por ele levantadas. Enquanto o não fizer, é legítima a retenção da coisa, por parte do credor.

Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, porque estas deviam ser efetuadas se estivesse à coisa nas mãos de quem quer que fosse sob pena de deteriorização ou destruição. E se o reivindicante não as devesse indenizar, experimentaria enriquecimento indevido.

Entretanto, não assiste ao possuidor de má-fé o direito de retenção para garantir o pagamento da referida indenização (GONÇALVES, 2006).

A atitude do legislador em face desse possuidor é severa, visto que o faz perder irremediavelmente as benfeitorias úteis e voluptuárias, não os indenizando por aquelas, nem permitindo o levantamento destas. E, nega-lhe direito de retenção para assegurar o recebimento de indenização pelas voluptuárias (Cód. Civil, art. 1.220).

Quando houver diferença entre o montante do enriquecimento e o do empobrecimento a indenização devida fixará ao possuidor de má-fé em optar entre o seu valor atual ou o seu custo; o possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual. Nesse princípio se fundamenta a regra do art. 1.222 do Cód. Civil.

As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem. E se compensam com os danos devidos pelo evicto ao reivindicante (Cód. Civil; art. 1.221).

4 DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIA

4.1 Direito de Retenção

Permissão pela norma, ao credor, de conservar em seu poder coisa alheia que já detém legitimidade além do momento em que a deveria restituir, se o seu crédito não existisse, e, normalmente, até a extinção deste (FULGÊNCIO, 2000, p. 119).

Esse direito funda-se num princípio de equidade que, se manifesta sempre que o crédito do possuidor é conexo com a obrigação de restituição. Está assegurado, por exemplo, ao credor pignoratício, ao depositário, ao mandatário, a todo possuidor de boa-fé que tenha direito à indenização das benfeitorias necessárias ou úteis, podendo, pelo valor delas, exercer o direito de retenção.

Para que se configure tal direito é preciso que haja: detenção de coisa alheia originada por uma causa normal e lícita; conservação dessa detenção, crédito, certo e exigível do retentor em relação de conexidade com a coisa retida, pois o crédito constitui a justa causa do direito de retenção: e inexistência de exclusão legal ou convencional do direito de retenção. (DINIZ, 1998, p. 158).

4.2 Referência histórica

Aponta a utilização da *exceptio doli* como o meio pelo qual o magistrado veio em socorro daquele que, de outro modo, pela aplicação rigorosa do *jus strictum*, seriam vítimas de injustiça. (FONSECA, 1944).

Para o ilustre civilista Fonseca (1944, p. 123), que, embora no processo formular já pudesse o juiz reconhecê-lo nas *actiones bonae fidei*, é no terceiro período da história do direito romano - *extrordinaria cognitio* - com o aumento do número de casos de *cognitiones extraordinária* e “[...] passando o magistrado a decidir diretamente a maior parte das causas, que antes não julgava, que o *jus retentionis* toma a feição de defesa propriamente dita, sem mais diferença das decorrentes do *jus civile*, individualizando-se e afirmando sua autonomia como ramo destacado do tronco comum-a *exceptio doli* [...]” (FONSECA, 1944, p. 124).

Os direitos romanos, podem ser resumidos a dois modos:

- A posse ou pelo menos a detenção da coisa reclamada, sobre a qual o *jus retentionis* se teria de exercer.

- A existência de um crédito do retentor.

4.3 Direito Comparado

Nas codificações hodiernas, estes caracteres, de identificação do *jus retentionis* são mantidos e podem ser encontrados tanto nos códigos que o sistematizaram, positivando sua teoria geral como nos têm esparsamente alocado em situações específicas (Códigos Civis argentino e alemão).

4.3.1 Código Civil Mexicano

O art. 810 do código Civil Mexicano, acerca dos direitos do possuidor de boa-fé, elenca, dentre outros, o “[...] de que se abonem todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de tetener la cosa poseída hasta que se haga el pago” (BOURGUIGNON, 1999).

4.3.2 O Direito Italiano

O art.1152 do Diploma Legal Civil Italiano prevê a possibilidade de exercício do direito de retenção pelo possuidor de boa-fé: “Ritenzione a favore del possessore di buona fede. – Il possessore di buona fede può ritenere la cosa finché non gli siano corrisposte lè indennità dovute, purché queste siano stat

domandate nel corso del giudizio di rivendicazione e sua stata fornita una prova generica della sussistenza delle riparazione e dei miglioramenti” .

4.3.3 Código de Napoleão

O Código de Napoleão, simultaneamente ao código Civil Italiano, não consagra um regime jurídico sistemático aplicável ao direito de retenção, o qual vem consagrado a propósito de casos particulares, ausentes, entretanto, uma regulamentação geral específica (BOURGUIGNON, 1999).

4.3.4 O Direito Alemão

Molda-se os contornos do direito de retenção consagrado no direito germânico em dispositivo de ordem geral, justamente o art. 273 daquele Diploma Legal, quando, em virtude da mesma relação jurídica que serve de fundamento á sua obrigação, tenha o devedor contra o credor uma prestação vencida, é-lhe facultado, a menor que o contrário resulte da relação obrigacional, recusar a prestação devida até que haja sido efetuada a prestação que lhe corresponde (direito de retenção) (BOURGUIGNON, 1999).

Igual direito compete a todo aquele que estiver obrigado à entrega de um objeto, quando tiver uma prestação vencida em razão de despesas feitas com

o mesmo ou de prejuízos que este lhe haja causado, a menos que tenha obtido em consequência de fato ilícito realizado intencionalmente.

4.3.5 Código Civil Japonês

O código Civil japonês traça uma regulamentação aplicável genericamente a todos os casos onde possa surgir o *jus retentionis*, encontrando-o entre os direitos reais e estabelecidos como seus requisitos aqueles encontrados nas outras legislações, esparsa ou concentradamente, quais sejam, a posse de coisa pertinente a outrem, um crédito de retentor e a conexão entre o crédito e a coisa retida (BOURGUIGNON, 1999).

4.3.6 Código Civil Brasileiro

O Código Civil Brasileiro elenca uma série de situações, normatizando sob idêntica ou assemelhada terminologia, a faculdade de alguém reter, em seu poder, coisa certa, até ser satisfeito de uma obrigação da qual se afirma credor. Pode exercer o direito de retenção: A mulher, no regime total, sobre os objetos de seu uso; o possuidor de boa-fé, pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, enquanto não, enquanto não lhe forem pagas; o credor anticrético, sobre a coisa objeto da anticrese, enquanto a dívida não for paga; o credor pignoratício, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas que tiver feito, em

conservação do bem; o devedor na obrigação de restituir coisa certa, melhorada ou aumentada mediante seu trabalho ou dispêndio; o devedor, sobre o pagamento, enquanto não lhe for dada quitação regular; o mandatário, sobre o objetivo do mandato, até ser reembolsado do que no seu desempenho dependeu; o locatário, por benfeitorias necessárias e, desde que autorizadas pelo locador, pelas úteis; o depositário pelo valor líquido das despesas feitas com a coisa; o condomínio e o construtor sobre a unidade de cada contratante que não estiver em dia com as obrigações assumidas e ainda pode reter a coisa o vendedor, na compra e venda, antes de recebido o preço; o constante, nas obrigações bilaterais a quem incumbir prestar em primeiro lugar no caso de diminuição do patrimônio da parte contrária, capaz de tornar duvidosa a contraprestação.

4.4 Elementos Fundamentais do Direito de Retenção por Benfeitorias

São três elementos fundamentais:

- a) O possuidor ou, em algumas hipóteses, o detentor.potenciais titulares do *jus retentionis*;
- b) A boa-fé, componente adjetivador da posse ou da detenção;
- c) As benfeitorias, cuja exata classificação tipológica influi de modo decisivo no exercício do direito de retenção (BOURGUIGNON, 1999).

4.5 Conceito de Direito de Retenção por Benfeitorias

A fórmula conceitual do direito de retenção por benfeitorias a faculdade legítima do possuidor de boa-fé, ou a quem a lei equipares de, independente de qualquer convenção, conservar em seu poder coisa certa, além do momento em que deveria restituí-la, a título de garantia de um crédito decorrente da realização de benfeitorias nessa mesma coisa (BOURGUIGNON, 1999).

4.5.1 Análise do conceito

Os principais aspectos do direito de retenção por benfeitorias:

1 - Trata-se de um exercício legítimo de conservar a coisa em seu poder - Isto é, contrapõe-se ao mero exercício de fato. Se alguém se recusa, sem motivo, a restituir a coisa no tempo previsto, exercerá sem dúvida retenção, mas sem direito de retenção (na verdade praticará esbulho). A legitimidade do exercício do *jus retentionis* pressupõe previsão normativa que o justifique.

2 - Independentemente de convenção – O direito de retenção por benfeitorias deriva da lei. É uma norma jurídica que determina as hipóteses de sua tipificação e nela encontra, diretamente, sua fonte de validade.

Em seu sentido restrito, como manifestação de um direito haurido imediatamente da lei e não refletida e mediatamente, como sói ocorrer naqueles estabelecidos por via negocial, também de denominado direito de retenção

convencional, nos quais a possibilidade de reter a coisa de outrem em garantia da satisfação de um crédito advém, proximamente, de convenção das partes, sendo a lei apenas seu fundamento remoto e de que são exemplos o penhor e a anticrese.

3 - Pressupõe posse ou detenção anterior - Só pode continuar a ter - a reter - quem já tinha ou detinha. Não só o possuidor poderá vir a reter legitimamente, mas também o detentor.

Aliás, ressalva Bourguignon (1999, p. 40), esclarecendo o alcance do termo detenção constante de sua clássica definição, observa empregá-la em sentido amplo exclusivo e restrito de detenção dependente, que se aplica a quem apenas conserva a posse da coisa em nome de outrem, e em cumprimento de conserva a posse da coisa em nome de outrem, e em cumprimento de ordens e instruções suas, sem qualquer iniciativa pessoal. Assim, pois, quem quer que, em geral, detendo uma coisa legitimamente, seja a que título for, a conserva, por autorização da lei, em garantia de um crédito, além do momento em que deveria fazer a respectiva entrega, passará a retê-la e a exercer o direito de retenção.

4 - Exige a concorrência da boa-fé - O retentor (possuidor ou detentor) há de ter realizado as benfeitorias, melhoramentos ou despesas na coisa, de boa-fé. Este elemento subjetivo é imprescindível ao exercício *legítimo* do direito de retenção. De má-fé, o pretense retentor somente terá direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, sem socorro à *solutio retentio*.

5 – Aplica-se às obrigações de restituir - O direito de retenção por benfeitorias, tal como regrado e previsto no Código Civil, não se identifica com as obrigações de dar, mas, de restituir coisa certa.

Clóvis Beviláqua (1922, p. 14) assim acentua a distinção entre estas modalidades de obrigação: "[...] A diferença entre a obrigação de dar e a restituir coisa certa está em que, na primeira o credor recebe coisa que não era sua, para sobre ela constituir um direito areal ou simples uso e, na segunda, o credor é o dono da coisa, que se achava, por título, em poder do devedor que a restitui".

Nas obrigações de dar, oriundas, via de regra, da compra e venda, a retenção dá-se não pelo exercício do direito de retenção (e tampouco por benfeitorias), mas em virtude de cronologia imposta ao cumprimento das obrigações recíprocas.

Por obrigação de restituir entenda-se não só os casos em que a devolução da coisa tenha por fundamento relação jurídica negocial (depósito, comodato, locação etc.), mas, ainda, aqueles em que a restituição decorra de situações nas quais a posse anterior ou detenção, por violar direito alheio, implica devolução da coisa ao verdadeiro titular, com o qual não se estabeleceu, precedentemente, nenhuma relação jurídica, tal como pode ocorrer, em geral, nas ações possessórias ou mesmo reivindicatórias que tenham por fundamento o desapossamento violento prático pelo réu (na ação de reintegração) ou violação ao direito de propriedade (na ação dominial).

6 – Retém-se em virtude de um novo título - A continuação da posse ou detenção possui fundamento distinto daquele que justificou a apreensão

originária. A nova causa *detentionis* identifica-se no crédito do redentor, pelo valor das benfeitorias realizadas. Não se trata de crédito existente *ab initio*, na relação do retentor com a coisa, mas que surge (*rectius*: pode surgir) desde que sejam realizadas benfeitorias que, além de indenizáveis, possibilitem o exercício do direito de retenção.

Este crédito potencial, insatisfeito, consiste no fundamento legítimo, na nova causa, que autoriza a conservação da coisa além do momento em que deveria ser entregue, em garantia do pagamento.

7 – A conexidade objetiva - O crédito que origina o direito de retenção deve provir de benfeitorias realizadas na própria coisa a ser restituída. Não se pode pretender exercer direito de retenção, por benfeitorias realizadas em bem, móvel ou imóvel, distinto do que se deve entregar. Ao locatário de dois imóveis, pertencentes ao mesmo locador, não são permitido, pelo valor das benfeitorias necessárias procedidas em um deles, reter o outro além do momento da entrega. A conexidade objetiva implica estrita relação entre o crédito e as benfeitorias realizadas na própria coisa que se pretende reter.

8 – A acessoriedade – Situa-se, entre os direito acessórios ou de garantia, o direito de retenção por benfeitorias. Retém-se, via de regra, enquanto o crédito existir, em garantia de seu cumprimento e em razão deste.

Este direito de garantia, por seu turno, não implica o estabelecimento, em favor do retentor que tomar a iniciativa de promover a execução, no direito de pagar-se preferencialmente com o preço porventura obtido na execução do crédito e execução e venda da coisa, mas na possibilidade de sua não-restituição,

até que, pelo pagamento ou por outra das modalidades previstas em lei, ocorra a extinção do crédito. Assume, pois o direito de retenção, a natureza de um direito acessório de garantia, de feição preponderantemente passiva (BOURGUIGNON, 1999).

4.5.2 Importância prática do conceito

A importância da distinção reside em que somente o titular do direito de retenção por benfeitorias poderá utilizar-se dos embargos previstos no art. 744 do Código de Processo Civil. Outras modalidades de conservação da coisa, impropriamente denominadas de retenção, deverão, no processo de execução, ser argüidas pela via comum dos embargos do devedor, precedidas, via de regra, de seu reconhecimento no processo de conhecimento.

4.6 Natureza Jurídica e Oponibilidade a Terceiros

A importância do tema advém, naturalmente, dos diversos efeitos que serão produzidos conforme o considere-se integrado numa ou noutra categoria jurídica. Basta lembrar a oponibilidade ou não a terceiros adquirentes da coisa retida como, por exemplo, o arrematante no processo de execução ou o novo proprietário da coisa dada em locação, que pretender retomá-la.

Antes de elencar as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais, mister se procedam, ainda que de forma sucinta, à diferenciação entre essas categorias de direitos reais e pessoais .

Para Arruda Alvim (*apud* CAHALI, 1987, p. 39), direitos reais são criados pelo direito positivo por meio de técnica denominada *numerus clausus*, ou seja, são definidos e numerados determinados tipos pela norma e só a estes correspondem os direitos reais sendo, pois, seus modelos, e estes modelos são rígidos e previstos de maneira taxativa, de forma que só os que lhes corresponderem poderão ser classificados como direitos reais.

Isto não significa que as partes não tenham liberdade para constituição de direitos reais, mas que todo direito, que pretender ser constituído como real, deverá corresponder exatamente ao modelo previsto em lei.

Os direitos reais recaem sobre uma coisa determinada, tangível e corpórea (móvel ou imóvel) que fica afeta ao poder do titular. Conquanto a disciplina dos direitos reais pressuponha a existência de outros sujeitos jurídicos, estes são indeterminado e, em termos práticos, não há como determiná-los se os direitos reais estão sendo respeitados.

Segundo Arruda Alvim (1987, p. 49), “[...] no direito real, a relação de senhoria ou de pertinência do titular com a coisa é preexistente à lesão possível ao direito real.

De regra, os direitos obrigacionais pressupõem sujeitos e relações de direito predefinidos (e não definíveis, simplesmente).

Os direitos obrigacionais se exercem em face de um (ou mais) sujeito determinado.

Por outro lado, os direitos reais se exercem *erga omnes*, fenômeno este que tem por consequência os direitos de seqüela e de preferência (*jus persecuendi e jus praeferendi*).

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca (1944, p. 261), “[...] a realidade do direito de retenção advém do fato de recair sobre uma coisa determinada, ser oponível *erga omnes*, estar dotado de publicidade em razão da posse do retentor e de ser protegido judicialmente, via ação (declaratória) ou exceção [...]”.

Arruda Alvim (1987, p. 66), analisando o vigente Código Civil preleciona “[...] Isto cria uma brecha no sentido de que, além dos direitos reais constantes do elenco [...] há aquelas outras hipóteses a respeito de que, embora não tenha sido explícito o legislador, devem também ser consideradas direitos reais, desde que amoldáveis a tipos suscetíveis de serem submetidos a esses princípios [...]”. E conclui: “[...] tem como exemplo o direito de retenção [...]”.

Argumenta Tito Fulgêncio (1984, p. 184) “[...] não ser a retenção direito real justamente pelo de não figurar na lista [...], além de faltar ao retentor o direito de seqüela, embora a veja como exceção cuja oponibilidade é geral [...]”.

Assim, dada a dificuldade em enquadrá-lo na categoria real ou pessoal, por falta de um regime seguro, deve-se tentar definir, com os elementos que o ordenamento jurídico seguro, deve-se tentar definir, com os elementos que ordenamento jurídico fornece, o âmbito de oportunidade do direito de retenção.

Pode-se dizer que, assim concluindo, estar-se-á privilegiando um direito pessoal em detrimento de um direito real, com inversão da ordem de preponderância de suas eficácias. O sistema jurídico encontra-se palmilhado de exemplos nos quais os direitos pessoais preferem aos reais, tais créditos tributário e trabalhista, em confronto com o de um credor hipotecário. Entretanto, o melhor exemplo é o que dá conta de que aquele de quem houver sido furtada coisa móvel, pode reavê-la da pessoa que a detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lha transferiu. Ressalva-se que, sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou. Isto significa que o comprador pode reter o objeto até receber o preço, em segundo lugar e principalmente, que o mesmo comprador, titular de um mero direito de crédito contra o vendedor, tem este seu direito pessoal avantajado sobre o direito real do verdadeiro proprietário, cujo exercício fica subordinado ao pagamento do preço da compra. O sistema jurídico prevê, em homenagem à posse e à boa-fé, que o crédito daí decorrente, embora direito pessoal, seja oponível ao proprietário, não importa qual.

O Superior Tribunal de Justiça, em rara manifestação sobre o tema, adotou o entendimento que manifestação sobre o tema, adotou o entendimento que deixou assente a oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção, consignando a ementa do acórdão, cuja parte aqui se destaca, o seguinte.

Benfeitorias. Direito de Retenção. Exercício contra o autor da ação.

O possuidor da boa-fé tem direito de indenização e retenção a ser exercido contra o autor da ação possessória ou reivindicatória, para evitar o seu enriquecimento sem causa,

e não contra o terceiro de quem recebeu o bem (art 516 do C.C.) STJ, REsp. 0045693-SP, 4ª turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, pub. no *DJU* de 13.02.1995, p. 2.242 e *RSTJ* 78/295. No mesmo sentido, vide voto de juiz Rui Otávio Domingues, rel. do MS 386, 4ª Câ. do 1º TARJ. (BOURGUIGNON, 1999, p. 50).

5 EMBARGOS DO EXECUTADO E DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS

É predominante, de que não cabem *embargos do executado* em ação do executado em ação possessória, porque a sentença tem força executiva. As ações executivas *lato sensu* não estão sujeitas a embargos do devedor, sendo que a ação de reintegração de posse é executiva (BOURGUIGNON, 1999).

A legislação civil assegura ao possuidor de boa fé o direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis. Esse direito é exercido na contestação ou em reconvenção. Podia também ser invocado por meio dos Embargos de Retenção por Benfeitorias.

Atualmente, no entanto, não se pode opor embargos de retenção por benfeitorias em ação possessória. A redação da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, deu ao aludido art. 744 do estatuto processual restringe os embargos de retenção à “execução para a entrega de coisa” e invoca o art. 621, relativo à execução para entrega de coisa por título extrajudicial. “Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias”.

Em virtude lei mencionada, somente na execução para a entrega de coisa por título extrajudicial serão possíveis os embargos de retenção. Quando à ação que tenha por objeto a entrega de coisa (CPC, art. 461-A), como a ação possessória, “[...] o direito de retenção deverá ser alegado na contestação e reconhecido na sentença; nesta hipótese, caberá ser alegado na contestação e reconhecido na sentença; nesta hipótese, caberá ao autor, como condição para a

expedição do mandado, indenizar o réu pelas benfeitorias, as quais deverão ser objeto de prévia liquidação, como determina o art.628, na execução por título extrajudicial [...]” (NEGRÃO, 1999, p. 1247).

Seja como for a sentença, na contestação ou na reconvenção, o réu deve especificar as benfeitorias, sob pena de se considerar incabível a retenção.

O direito abrange tanto as benfeitorias como as acessões. Há, no entanto, algumas decisões em sentido contrário.

Não argüido o direito de retenção na contestação ou em reconvenção, não podendo, agora, fazê-lo em embargo de retenção, competirá cobrar o valor das benfeitorias e acessões, por ele feitas, por intermédio de ação de indenização, porque, do contrário, se permitiria o locupletamento ilícito do vendedor, em detrimento do vencido (BOURGUIGNON, 1999).

6 INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS E DIREITO DE RETENÇÃO

Benfeitorias são obras ou despesas feitas na coisa, para o fim de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Decorrem, portanto, da atividade humana. Não são benfeitorias os acréscimos naturais à coisa. O Código Civil fornece a divisão das benfeitorias, de forma que, *mutatis mutandis*:

1) São necessárias: As que têm por finalidade conservar a coisa ou evitar que se deteriore.

2) São úteis: As que aumentam ou facilitam o uso da coisa.

3) São voluptuárias: As que redundam em acréscimos de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que tornem mais agradáveis, ou de maior valor (BOURGUIGNON, 1999).

As situações concretas permitirão classificar as benfeitorias numa ou noutra categoria, bem como diferenciá-las das pertenças. As conseqüências dessas classificações surgem quando da restituição da coisa. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

O possuidor de boa-fé não apenas tem o direito a receber o valor das benfeitorias necessárias e úteis como também pode reter a coisa enquanto não for paga. O direito de retenção do possuidor de boa fé é modalidade de garantia

no cumprimento de obrigações. Com a retenção do possuidor exerce coerção sobre o retomante para efetuar o pagamento. O direito de retenção é o oposto como modalidade de defesa do possuidor, que inibe a entrega do bem até que seja satisfeita a obrigação. Cuida-se de faculdade à disposição do possuidor de boa-fé de conservar a coisa alheia até o pagamento das benfeitorias. O meio processual idôneo para o exercício do direito de retenção são os embargos de Retenção, dispostos no art.744 do Código de Processo Civil.

O possuidor de boa fé não responde pela perda, ou determinação da coisa, a que der causa (CC, art.1.217), já o possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que no mesmo modo se teriam dado, estando ela posse do reivindicante (CC, art.1.218).

Desse modo, não havendo culpa do possuidor de boa-fé, não responde pelo valor da coisa perdida ou deteriorada. Já o possuidor de má-fé terá ônus que a diminuição de valor ou perda ocorria de qualquer modo, ainda que a coisa estivesse na posse do retomante (BOURGUIGNON, 1999).

7 CONCLUSÃO

Embora não se mencione doutrinadores em sede de considerações finais de trabalhos monográficos, neste caso, inevitável lembrar Bourguignon (1999) quando afirma que o direito de retenção por benfeitorias, no âmbito do processo, não fica restrito aos limites consignados para o exercício dos embargos de retenção por benfeitorias previstos no art. 744 do CPC, pois a aplicação destes somente é possível nas execuções para entrega de coisa certa cujo procedimento segue as normas do referido artigo e demais pertinentes à espécie, enquanto o direito material de retenção poderá ser veiculado nas fases cognitivas de ações que, embora tenham por objeto a entrega de coisa certa, não se executam naqueles moldes.

O estudo passa, obrigatoriamente, por uma análise do direito de retenção no campo material, com ênfase ao seu exercício decorrente da realização de benfeitorias.

O direito de retenção encontra ressonância no ordenamento jurídico que, ao especializá-lo sob feições diversas, não refogue basicamente aos elementos conceituais, a manutenção de uma coisa sob nosso poder em virtude de direito que temos, a ser satisfeito, como condição à sua libertação.

A utilização do *jus retentionis* aparece fundada, no princípio da equidade, evoluindo no sentido de fazê-lo prevalecer, sempre que determinada pretensão, embora conforme o direito, provocasse resultados injustos mediante sua concretização.

O legislador, para fins do exercício do direito de retenção por benfeitorias, equiparou o devedor, obrigado a restituir coisas certas, aumentadas ou melhorada com seu dispêndio ou trabalho, ao possuidor, vale dizer, ampliou o campo de incidência subjetiva e objetiva do direito de retenção por benfeitorias, subjetivamente, deferindo-o não só ao possuidor, mas o todo aquele que tenha melhorado ou ampliado a coisa com sua participação, remetendo esta situação à exigência de boa-fé do devedor, objetivamente, assemelhado os melhoramentos ou acréscimos à coisa as benfeitorias aptos a gerarem de retenção.

O direito de retenção, mesmo considerado encartado no campo dos direitos obrigacionais, é um direito de origem legal e não convencional. Isto significa que encontra na própria lei seu fundamento imediato e não em negócio jurídico. Significa ainda, em conseqüência, que a manifestação volitiva daquele contra quem há de ser exercitado é normalmente dispensável. O detentor não exerce de retenção pelo fato de haver “contratado “ a realização de benfeitorias úteis ou necessárias. Ele o exerce por ser possuidor e estar de boa-fé ao realizá-las. A lei a tanto o autoriza, não o negócio jurídico. Entretanto, entende-se que, se houver contrato dispendo sobre a realização de determinada benfeitoria, como ocorrer com as benfeitorias úteis na locação, já não se estará diante verdadeiros direitos de retenção, considerando como tal o de origem estritamente legal e independente de retenção, considerando como tal o de origem estritamente legal e independente de convenção das partes, mas de negócio jurídico que há de resolver-se pelas regras do inadimplemento contratual.

O possuidor de boa fé tem direito de indenização e retenção a ser exercido contra o autor da ação possessória ou reivindicatória, para evitar o seu enriquecimento sem causa, e não contra o terceiro de quem recebeu o bem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**: estudo dogmático. 2. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, e ALVIM PINTO, Teresa Arruda. **Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias**. São Paulo: RT, 1999.

BRASIL. **Lei nº 10.406** – 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002.

CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

DOMANSKI, Marcelo. **Posse da Segurança Jurídica à Questão Social**: na perspectiva dos limites de tutela do promitente comprador através dos embargos de terceiros. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 18. ed., vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, José Dias. **Posse e Ações Possessórias**: fundamentos da Posse. Vol. 1, Curitiba-PR: Juruá, 1994.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Direito de retenção**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Revista e Atualizada pelo Advogado José de Aguiar Dias. 9. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2006.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Tradução de Heloisa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direito Reais: à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Método, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 20. ed. São Paulo: RT, 1999.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Cousas**. Rio de Janeiro: TYP Batista de Souza, 1923.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 28. ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Daniela Rosário; **Direito Civil: Direito das Coisas**. São Paulo: Rideel, 2006.

ROSENVALD, Nelson; **Direitos Reais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direitos Reais. Vol. 5. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.