

DIREITO DE RETENÇÃO POR
BENFEITORIAS E A POSSE DE MÁ-FÉ

Ivo Waisberg

DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS E A POSSE DE MÁ-FÉ*

RIGHT OF RETENTION AND THE POSSESSION FOR BAD FAITH

Ivo Waisberg

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o direito de retenção no âmbito do direito material, bem como examinar a posição do possuidor de má-fé frente a este instituto. Para tanto, apresenta-se, inicialmente, o conceito, a origem e o histórico do direito de retenção, abordando, posteriormente, a evolução desse instituto nas legislações brasileiras e delimitando os requisitos para o seu exercício, destacando-se o da boa-fé, previsto no artigo 1.220 do Código Civil. Por fim, diante de tais requisitos, sobretudo o da boa-fé, busca-se analisar, à luz do princípio da equidade, se o direito de retenção assiste o possuidor de má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DE RETENÇÃO. POSSE. BOA-FÉ. POSSE DE MÁ-FÉ.

ABSTRACT

This article intends to analyze the right of retention in the sphere of the substantive law, as well as to examine the position of the possessor in bad faith in view of the mentioned institute. For this purpose, initially a presentation is made regarding the concept, origin and history of the right of retention, later approaching the evolution of this institute as per Brazilian law and delimiting the requirements for its application, highlighting the general need of good faith provided for in article 1.220 of Brazilian Civil Code. At last, in face of these requirements, especially the need to act in good

*ARTIGO RECEBIDO EM MARÇO/2020 E APROVADO EM JULHO/2020.

faith, it seeks to analyze, in light of the principle of equity, if the right of retention assists the possessor in bad faith.

KEYWORDS: RIGHT OF DETENTION. POSSESSION. GOOD FAITH. POSSESSION IN BAD FAITH.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar o direito de retenção no âmbito do direito material de forma a delimitar os requisitos para o seu exercício. Pretende também apresentar a posição do possuidor de má-fé frente ao instituto.

O direito de retenção é uma figura jurídica que sempre causou grandes divergências doutrinárias, (FONSECA, 1944, p. 9) seja por sua complexidade, por sua importância social ou mesmo pela falta, em nosso ordenamento, de uma regulação geral para o instituto.

Não são poucas as vezes em que o possuidor, de boa ou de má-fé, vê-se compelido a devolver ao proprietário, em razão da reivindicação, o bem possuído, tendo no mesmo realizado benfeitorias. O direito de retenção é, quando possível sua utilização, o único meio eficiente de defesa para este possuidor.

Em razão disto, o *jus retentionis* é um instrumento de suma importância para a consecução do fim almejado pelo Direito, a regulação justa das relações sociais.

2. HISTÓRICO

O direito de retenção passou a tomar as feições que o individualizam no direito romano. No tempo do *jus strictum*, anterior ao processo formulário, o possuidor não poderia opor qualquer exceção contra o reivindicante, em razão do rigor do citado procedimento. (LIMA, 1995, p. 23)

Seu surgimento data do período do processo *per formulas*. O pretor, então, para garantir a equidade, em situações que justificassem a retenção, permitia ao possuidor, em razão de crédito conexo com a reivindicação, que opusesse ao pedido reivindicatório uma *exceptio doli generalis* (MOREIRA ALVES, 1972, p. 58). Por meio da *exceptio doli* o autor alegava o direito de retenção, sendo que somente no período pós-

clássico, na *extraordinaria cognitio* é que o *jus retentionis* se distingue dela, recebendo caracteres próprios de meio de defesa indireto. (MOREIRA ALVES, 1972, p. 58)

José Carlos Moreira Alves aponta as seguintes características do direito de retenção no direito romano: a) que o retentor já detivesse a coisa; b) que possuísse direito de crédito contra o proprietário; c). a existência de conexidade entre o crédito e a coisa e; d) a inexistência de convenção ou dispositivo legal que afastasse o direito de retenção. (MOREIRA ALVES, 1972, p. 57)

Conforme se vê, dentre os requisitos apontados não estava presente a boa-fé do possuidor, que é um requisito presente em nossa legislação.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O direito de retenção já pode ser encontrado nas ordenações do Reino de Portugal, em razão de despesas necessárias e proveitosas. (Liv. 4, Tit. 54, §.1 e Tit. 95, §1).

No Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, o §6º do artigo 3.934 possibilitava ao réu de ação reivindicatória opor exceção alegando ter direito de reter a coisa reivindicada por benfeitorias e despesas, a cujo pagamento o autor estava obrigado. O artigo 3.969 dava direito ao possuidor de boa-fé de reter a coisa até que indenizado pelas despesas úteis e necessárias, que por sua vez vinham conceituadas no artigo 3.968.¹

¹ Art. 3.934. A Reivindicação fundada em direito de possuir verdadeiro (ar. 3.917), o réu pode opor as seguintes exceções:

6º Que tem direito de reter-La por benfeitorias e despesas, a cujo pagamento o autor está obrigado. Art. 3.968. São despesas necessárias ou úteis a bem da coisa reivindicada, a cuja indenização o réu tem direito (artigo 3.959, nº 4).

1º O pagamento de foros e impostos atrasados do imóvel reivindicado.

2º O pagamento de hipotecas que já p oneravam ao tempo em que entrou na posse dêle.

3º As despesas a deduzir dos frutos pendentes (artigo 3.964).

4º Os dinheiros e materiais convertidos em benfeitorias necessárias ou úteis da coisa reivindicada, se estas existirem ao tempo da restituição (art. 905).

Art. 969. Até que seja indenizado das despesas necessárias ou úteis a bem da coisa reivindicada (art. 3.968), o réu terá direito de reter-la, e poderá opor a retenção antes da sentença (art. 3.934, nº 6), ou na execução.

Condenado a restituir duas ou mais coisas, e só tendo feito despesas a bem de uma delas; essa unicamente terá direito de reter, e não a outra ou as outras.

O Código Comercial de 1850 ao reger a evicção na compra e venda mercantil, garante ao comprador o direito de retenção da mercadoria até que seja indenizado pelas benfeitorias nela realizadas.²

O Código Civil de 1916 contemplava expressamente o direito de retenção no livro II Direito das Coisas, título I (Da Posse) Capítulo III (Dos Efeitos da Posse), artigo 516. Dispõe o referido artigo:

Art. 516. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, ao de levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis poderá exercer o direito de retenção.

Assim, o direito de retenção é tido na legislação como um efeito da posse, mas, como se verá mais adiante, somente da posse de boa-fé.

No capítulo referente às acessões (Livro III, Título III (Da propriedade), Capítulo II (Da propriedade Imóvel, artigos 1.248 até 1.259), o diploma civil não trazia menção expressa ao direito de retenção.

O Código Civil de 2002 manteve redação parecida, dispendo:

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, ao de levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 1.220 Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

² Art. 216. O comprador que tiver feito benfeitorias na coisa vendida, que aumentem o seu valor ao tempo da evicção, se esta se vencer, tem o direito a reter a posse da mesma coisa até ser pago do valor, das benfeitorias por quem pertencer.

Como se vê, as leis foram expressas ao negar ao possuidor de má-fé o direito de retenção.^{3 4}

4. O CONCEITO DO DIREITO DE RETENÇÃO E SEUS REQUISITOS

Consiste o direito de retenção no direito do possuidor de boa-fé de reter a coisa até que seja ressarcido das benfeitorias úteis e necessárias que realizou na coisa. Ensina J. M. Carvalho de Mendonça que:

O direito de retenção consiste em poder o possuidor conservar a coisa em seu poder, até ser embolsado das despesas, a que tem direito pelas benfeitorias necessárias e úteis.

O direito de retenção é um prolongamento da detenção anterior de uma coisa além do momento em que, pelo título originário, deveria cessar, exigindo, pois, como condição indispensável para o seu exercício que a mesma coisa se encontre em poder do detentor, ou, pelo menos, à disposição dele. (MENDONÇA, 1937, p. 220-221)

Também Maria Helena Diniz expõe:

O jus retentionis é um meio direto de defesa que a lei, excepcionalmente concede ao possuidor para conservar em seu poder coisa alheia além do momento em que deveria devolver, como garantia de pagamento das despesas feitas com o bem.

Permite que o possuidor se oponha à restituição da coisa até ser pago, o que se justifica em razão da equidade, que não se compraz com o fato do possuidor devolver o bem para somente depois ir reclamar o que lhe é devido.

³ As leis especiais, de locação (Lei nº 8.245, de 1991) e do parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766 de 1999), contém dispositivos específicos no sentido de assegurar a indenização por benfeitorias, com direito a retenção, em ambas hipóteses para aquelas necessárias, ou, quando autorizadas previamente, as úteis.

⁴ Contudo, se no caso dos contratos de locação, se aceita a cláusula de não indenizar (artigo 35, Lei nº 6.766/1999), inclusive com o prestígio da Súmula 335 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o mesmo não sucede naqueles voltados a incorporação imobiliária (artigo 34, Lei nº 6.766/1999). Afinal, não se pode equiparar locatário com adquirente, ainda que inadimplente.

O possuidor de boa fé, privado do bem em favor do reivindicante ou evictor, tem, pelo art. 516 do Código Civil, direito de ser indenizado das benfeitorias necessárias (que são as que visam conservar a coisa ou evitar que ela se deteriore - CC, art. 63 § 3º) e úteis (que pretendem aumentar ou facilitar o uso do bem - CC, art. 63 § 2º); de levantar, desde que não danifique a coisa, as voluptuárias (que, segundo o art. 63 § 1º, do CC, são as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor) e de exercer o direito de retenção, pelo valor das benfeitorias necessárias ou úteis. (CPC, art. 744; STE, Súmula 158). (DINIZ, 1994, p. 73)

Medeiros da Fonseca, em obra insuperável sobre o tema, assim define o direito de retenção:

Faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extinção deste. (FONSECA, 1944, p. 112)

Condição legal para o exercício do direito de retenção⁵ em nossa legislação, é que o possuidor esteja de boa-fé. Antes de analisarmos no que consiste esta boa-fé e sua real exigência, discorreremos brevemente sobre os outros requisitos do direito de retenção.

Na lição de Washington de Barros Monteiro (1995, p. 68),⁶ são requisitos da retenção: 1) a detenção da coisa, 2) a existência de um crédito do retentor e 3) a relação de causalidade entre o crédito e a coisa retida.

⁵ Embora seja uma condição legalmente prevista e majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência, não é um requisito pacífico, tendo se levantado contra ele o Professor Alvino Lima, com as objeções que serão analisadas mais adiante detalhadamente.

⁶ “Não são taxativos os casos em que prevalece esse direito, mas é fora de dúvida que o mesmo deve ser aplicado com reserva a extremos de prudência, não sendo lícito ao juiz, como ensina ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, atribuir direito de retenção a quem quer seja, cabendo-lhe apenas declarar se justa ou injusta, legal ou ilegal a retenção exercida. A retenção é direito negativo. Consiste na faculdade de sustar a entrega da coisa, até que se indenize o retentor. Estes os seus pressupostos: a) — a detenção da coisa; b) — a existência de um crédito do retentor; c) — a relação da causalidade entre esse crédito e a coisa retida.”

A detenção da coisa é essencial, pois se já houver devolvido a coisa, o possuidor somente poderá valer-se da indenização (FULGÊNCIO, 1980, p. 185)⁷. No caso de imóvel, deve o possuidor estar imitado na posse do mesmo para exercer seu direito permanecendo ali até o pagamento das benfeitorias.

A existência do crédito é um requisito óbvio. É necessário que tenham sido realizadas as benfeitorias e que exista um crédito líquido e certo (PONTES, 1978, p. 215)⁸.

A relação de causalidade exige que o crédito seja conexo com a retenção, isto é, deve ser originário da posse exercida no bem a ser restituído.

De modo absolutamente distinto é o tratamento dispensado às benfeitorias eventualmente feitas em bens públicos: não se cogita de indenização. No caso, por que a Súmula 619 também do Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que “a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”.

Ademais, o direito de retenção não é absoluto, na medida em que encontra limites dentro da ordem jurídica, especialmente em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa, bem como da própria boa-fé objetiva. Neste sentido, a jurisprudência já reconheceu que a retenção não pode se dar

⁷ “a) O direito de retenção não é mais que uma recusa legítima de restituição: o possuidor não é obrigado a abrir mão da coisa possuída em virtude de ação real ou pessoal intentada contra si. b) ausência do direito de seqüela: se o possuidor perde a posse, nenhum outro meio tem de retomar a posse.”

⁸ “A existência da dívida líquida, certa e exigível não pode realmente deixar de constituir condição essencial para que se legitime o exercício do direito de retenção, porque sem essa cautela a permissão outorgada ao oficial mecânico, de reter as coisas que lhe são entregues para conserto, degeneraria em abuso e valeria mesmo por um outorga legal de esbulho de alheio, sujeito a perpetuar-se, pela impossibilidade do proprietário fazer o pagamento ou o depósito da dívida, não só devido à indeterminação deste até a um limite que tornasse impraticável o seu resgate. E a lei, evidentemente, não quis atribuir ao credor este privilégio absurdo de fixar arbitrariamente o quantum do seu crédito e de ter assegurado o pagamento integral do mesmo pela antecipada e indefinida retenção do bem a ele confiado, de boa-fé.”

de forma perene e indeterminada, bem como que não cabe ao possuidor de boa-fé que retém a coisa, usufruir da coisa ou perceber seus frutos.⁹

5. A BOA-FÉ E O DIREITO DE RETENÇÃO

O mais complexo e discutível requisito do direito de retenção, no caso de benfeitorias, é a boa-fé do possuidor. Embora seja elemento expresso no artigo 1220 do Código Civil, não é exigido em boa parte das legislações e, a justificativa dessa exigência encontra seus opositores.

Cumpra, em primeiro lugar, ainda que de forma sintética, uma análise do que consiste a posse de boa-fé. Dispõe o artigo 1.201 do Código Civil:

Art. 1.201 É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa

A ignorância pelo possuidor do vício que existe na sua posse é a baliza para a determinação da boa-fé.

Duas correntes existem doutrinariamente para justificar a boa-fé em se tratando de posse: a primeira, dita psicológica, sustenta que a boa-fé consiste na falta de intenção de lesar o direito de outrem, isto é, somente na ignorância do vício. A segunda entende que é necessária a existência de um título, ainda que nulo, que justifique a posse, pois ninguém pode acreditar estar com a posse de forma juridicamente correta se não possui ao menos um título para justificá-la.

Defensor da primeira corrente, numa análise do artigo 490 do Código Civil de 1.916, expôs Arnaldo Medeiros:

Em nosso direito, assim, não é possível ir além, parecendo que o Código, ao conceituar a posse de boa-fé, em seu art. 490, sofreu a influência predominante do direito canônico, no qual

⁹ STJ, REsp 613.387-MG, Rel. Nancy Andrighi, J. 02/10/2008.

se acentuou o caráter ético de boa-fé, transcurando-se, por vezes, o elemento material da justa causa, que se afirmava no título, apoiada, a construção jurídica da posse de boa-fé, como observou WALTER D'AVANZO, principalmente sobre a falta de conhecimento dos vícios da posse, de modo a poder considerar-se de boa-fé o possuidor que não sabia que a coisa, objeto de sua posse, pertencia a outrem, não obstante a inexistência de título, enquanto que, se o possuidor tivesse notícia do direito alheio, isso bastava para ser considerado de má-fé, apesar de se haver a sua posse iniciado legitimamente.

Essa mesma conclusão fôra explicitamente sustentada por LAFAYETTE, em face do direito anterior.

O que o Código estabelece, no parág. Único do art. 490, é apenas uma presunção *juris tantum* de boa-fé, que, quando a posse se basear em justo título, só cederá diante da prova contrária, não se podendo, para êsse efeito, como justificação de boa-fé, interpretar tal referência a título com rigor maior do que o adotado em face de outras legislações que a êle expressamente aludem como condição da própria boa-fé. O título nulo ou mesmo putativo há de bastar para que a presunção de boa-fé se estabeleça. (MEDEIROS, 1944, p. 220)

Na defesa da segunda corrente, majoritária, posicionou-se Miguel Maria de Serpa Lopes:

Como já o dissemos, pelo sistema vigente em nosso direito, a aquisição da propriedade, tanto mobiliária como imobiliária, precípuamente esta última, exige, para sua perfectibilidade jurídica, um título, e mais ainda uma publicidade. Por conseguinte, ninguém pode-se dizer possuidor de boa-fé, sem estar amparado por uma justa causa jurídica, a qual, na quase totalidade das vezes, consiste no título legítimo. A ignorância do possuidor que produz o seu estado de boa-fé assenta no não conhecimento do vício ou obstáculo decorrente do título, quer

quanto à substância, quer quanto à forma. (SERPA LOPES, 1964, p. 142) ¹⁰

Sob este prisma, bem conceituou a posse de boa-fé, seguindo a lição de Montel, Octávio Moreira Guimarães:

Desde que o possuidor acredite na existência do título e esse seu pensamento derive de um erro escusável, sua posse há de se tornar legítima, porque fruto de uma justa causa erroris, base e argumento da boa-fé.

Assim, para que haja posse de boa-fé, é necessário, como assinala MONTEL:

a) que o possuidor possua no seu próprio nome;

b) que sua posse se funde no título de per si idôneo à transferência ou à constituição do direito, mais inidôneo, na espécie, porque afetado de vícios;

c) que, no momento da aquisição, o possuidor ignore a existência e tais vícios. (GUIMARÃES, 1953, p. 25)

A posse de boa-fé pode até transformar-se em posse de má-fé em caso do vício que era ignorado passar a ser conhecido, nos termos do artigo 1.202 do Código Civil,¹¹ sendo certo que para a determinação do direito de indenização e de retenção deve-se ter em mente a natureza da posse no momento da realização das benfeitorias.

Como bem observa Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon (1999, p. 92-94), posse de boa ou má-fé não se confunde com posse justa ou injusta, dependendo aquela do elemento subjetivo e esta do elemento objetivo, isto é, ser violenta, clandestina ou precária. A posse pode ser

¹⁰ San Tiago Dantas se posiciona no mesmo sentido: “De sorte que, essa diferenciação é fundamental. A posse decorre de um título; esse título é a razão jurídica em virtude da qual o possuidor se julga no direito de possuir. Todo possuidor d boa fé tem um título, tem um justo título para possuir. Não há dúvida nenhuma de que, quem estabeleceu a sua posse sem título não pode ser possuidor de boa fé. Os títulos é que podem ser válidos ou não, podendo ser anulados ou não, mas têm de existir, ao menos formalmente, para que se possa admitir a boa fé.” (DANTAS, 1979, p. 64)

¹¹ Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

injusta e de boa-fé, ou justa e de má-fé. O que é determinante para a extensão do direito à indenização é o elemento subjetivo, boa ou má-fé.

Aliás, nessas questões a envolver financiamento imobiliário e retenção por pagamento de benfeitorias, oportuno destacar que, conforme jurisprudência do STJ, tão logo ajuizada a execução hipotecária, a posse se torna de má fé¹² como também não persiste esse direito se se cuidarem de benfeitorias realizadas por terceiros sobre o imóvel dado em garantia¹³.

Por outro lado, ainda na interpretação do Tribunal da Cidadania, o direito a indenização, conseqüentemente o de retenção, deve ser deduzido na primeira oportunidade de oposição à propriedade ou posse, ou, na contestação. Nesse vértice, além de não ser razoável surpreender, também não é alongar o exercício de um direito já concedido.

6. A BOA-FÉ COMO REQUISITO DA RETENÇÃO E A EQUIDADE

Não obstante a expressa determinação legal da existência da boa-fé do possuidor para que seja concedido o direito de retenção, elemento este que é aceito pela majoritária doutrina,¹⁴ o jurista Alvíno Lima, em obra monográfica sobre o tema, posicionou-se em sentido contrário.

Para ele, dado que a ocorrência ou não do crédito do possuidor bem como sua valoração, tomavam como elemento a boa ou má-fé, uma vez nascido o crédito, não seria lícito novamente ter como base o elemento subjetivo para conceder ou não o direito de retenção.

Defende o citado autor que, uma vez existentes, os créditos são iguais, são um novo título diferente daquele que originou a posse e, portanto, devem ser tratados da mesma forma sob pena de afrontar-se o princípio da igualdade. Se a um é concedido o direito de retenção como forma de garantir o crédito, ao outro também o deve ser. Nas palavras do autor:

¹² STJ, REsp 1.399.143-MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 07/06/2016.

¹³ STJ, REsp 1.762.597-DE, Rel. Min. Herman Benjamin, J. 16/10/2018.

¹⁴ Washington de Barros Monteiro, ob. cit. p. 69, Maria Helena Diniz, ob. cit. p. 72, Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 72. Clóvis Bevilacqua, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 106.

Mas, se é justo que se tratem diversamente as duas categorias de possuidores, a maneira de exigir e garantir o crédito escapa à ação do princípio de boa fé [...]

[...] Uma vez proclamado o direito de crédito do possuidor de má fé, pelo texto legal, cumpre apenas assegurar a realização deste direito, como uma de suas funções primordiais, jamais submetê-lo novamente ao princípio da boa fé, para restringir-lhe a eficácia ou sacrificar-lhe a existência.

Delimitados, pois, os direitos de cada possuidor, em face do princípio da boa fé, urge assegurar, no mesmo pé de igualdade, o direito reconhecido, tal como foi proclamado, para que o mesmo não sucumba [...]

[...] Existirá, por ventura, equidade em se negar o direito de retenção ao possuidor de má fé, depois de reconhecer-lhe o direito de indenização das benfeitorias necessárias, direito absolutamente igual e reconhecido ao possuidor de boa fé?

Como se admitir, sob o fundamento da equidade, que direitos de créditos perfeitamente iguais sejam diversamente tratados, como verdadeiro ato de castigo ou vingança contra o possuidor de má fé?

Que igualdade entre as partes pode existir, se, reconhecido o direito de crédito do possuidor de má fé, direito absolutamente igual ao do possuidor de boa fé, nega-se àquele possuidor a garantia do direito de retenção?

Aos defensores da teoria do enriquecimento injusto objetaremos: Se é verdade que a actio de in rem verso tem por fim estabelecer o equilíbrio dos patrimônios, evitando o enriquecimento injusto, como negar a segurança deste equilíbrio, o meio seguro de evitar o enriquecimento injusto, não concedendo-lhe o direito de crédito reconhecido pela lei? ¹⁵

Não obstante o respeito à opinião majoritária, presa à letra da lei, concordamos com o ilustre professor. Uma vez concedido o direito

¹⁵ ob. cit. p. 26-27 e 44-45.

de crédito ao possuidor de má-fé, regulando sua extensão em razão do princípio da boa-fé, não é razoável que, de novo, seja o elemento subjetivo o fundamento da garantia ou não do crédito por meio do direito de retenção. Como diz o próprio autor, seria como se a lei concedesse um favor, e não um direito ao possuidor de má-fé.¹⁶

Aliás, uma análise das definições transcritas dos Professores Carvalho Santos e Medeiros da Fonseca, que tem como objeto o instituto em si e não a nossa legislação, resta claro que o direito de retenção está ligado ao crédito, é um direito outorgado ao credor.

Assim, é o crédito que o justifica, sendo a posse um elemento necessário para o seu exercício, pois não se pode reter algo que não se possui.

Esta crítica já havia sido feita por Josserand (1951, p. 409), afirmando que seria compreensível que a lei rejeite o direito à indenização ao possuidor de má-fé, mas uma vez que não o fez, não é razoável que não lhe conceda o direito de retenção.¹⁷

¹⁶ “Dar, conseqüentemente, a este direito de crédito, destinos diversos na sua execução; proteger e assegurar, de modo absoluto, o crédito do possuidor de boa fé e ao possuidor de má fé deixá-lo aos azares de uma demanda, é submeter, de novo, a execução e a segurança de um direito proclamado, a princípios que já foram o cadinho pelo qual o mesmo direito passou a ser reconhecido. E pior: é submeter ao princípio de boa fé a garantia de um direito, para restringi-lo, e quiçá, inutilizá-lo, depois do mesmo ter sido proclamado e reconhecido em nome daquele princípio! Se a ambos os possuidores é conferido o direito de indenização das benfeitorias necessárias, não há diferença alguma entre os possuidores nas suas relações de crédito com o proprietário. Fazer a distinção entre direitos absolutamente iguais é dar a impressão, segundo judiciosamente observa Elekes, de que o legislador concedeu, ao possuidor de má fé, não um verdadeiro direito, mas um favor.” (Ob. cit., p. 92.)

E a lei não faz favores; regula situações jurídicas, conferindo direitos, na defesa do equilíbrio social.

¹⁷ “al poseedor de mala fe despojado por La reivindicación dirigida contra él por el propietario; el pago de La indemnización a que puede tener derecho (art. 555; véase t. I, nº 1668) no está garantizado por el derecho de retención. El poseedor debe restituir primeramente; después se arreglarán las cuentas (13). Esta última solución es particularmente criticable; se comprendería en rigor que La ley rehusara toda indemnización al poseedor de mala fe, pero, desde el momento en que le concede una, deberían dársele los medios de recuperarla; que el poseedor sea de buena o mala fe, La conexión no deja por elho de existir entre La cosa y el crédito del poseedor; hay aquí debitum cum re junctum. Por lo demás, un poseedor de mala fe no es necesariamente un pícaro; puede ser un detentor o un poseedor que sabía no tener la propiedad exclusiva de La cosa (arrendatario, copropietario, etc.): La jurisprudencia se deja por un argumento de falso sentimentalismo.”

Foi o que fez o legislador brasileiro em relação às acessões, isto é, concedeu o direito de crédito, a indenização, apenas àquele que construiu ou semeou de boa-fé (art. 1.255 do Código Civil).

O Código Civil diferencia várias vezes o efeito da posse entre a posse de boa-fé e a posse de má-fé, como nos artigos 1.214, 1.216, 1.217, 1.218 e 1.222.¹⁸ Em todos esses dispositivos, direitos de cunho material foram dados ao possuidor de boa-fé e negados ao possuidor de má-fé, direitos esses que serão aplicados no cálculo de eventual indenização, ou seja, o possuidor de má-fé já está sendo punido na amplitude do direito de ser indenizado.

No caminho trilhado pelo nosso ordenamento, o Código Civil não concede o direito de retenção ao possuidor de má-fé expressamente, no caso de benfeitorias.

É preciso entender, concordando com o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 47), e neste ponto discordando do professor Alvinho Lima,¹⁹ que o fundamento do direito de retenção é a equidade.

Na situação dos possuidores, uma vez que, tanto o possuidor de boa-fé como o de má-fé são titulares de créditos, que são distintos da

¹⁸ Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

¹⁹ Entende o autor que a natureza jurídica do direito de retenção reside na aplicação da justiça privada (ob. cit., p. 39.) descartando a teoria da equidade.

relação original (do negócio subjacente à posse) tendo já a natureza da posse influído no dimensionamento deste novo título, não há equidade em se dar a um crédito um meio eficaz da retenção para garanti-lo e ao outro, exatamente igual, se negar esse meio.

Ao agir desta forma, a lei pune novamente o possuidor de má-fé e dá-se ensejo a um possível enriquecimento sem causa do reivindicante, o que contraria o ordenamento e o princípio geral de equidade, base do instituto em apreço.

Efetivamente, a boa-fé é a base e a medida da existência ou não do crédito e de sua valoração. Mas, nascido o crédito para o possuidor de má-fé, nasce uma obrigação exatamente igual àquela que existe entre o possuidor de boa-fé e o reivindicante, não sendo razoável distinguir os meios de garantir o crédito.

7. CONCLUSÃO

A legislação brasileira é expressa ao negar ao possuidor de má-fé o direito de retenção por benfeitorias. No entanto, essa negativa, uma vez que a lei concede a ambos os possuidores o direito de serem indenizados, não guarda pertinência lógica com o sistema e não segue a equidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOURGUIGNON, Alvaro Manoel Rosindo. **Embargos de Retenção por Benfeitorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Saraiva: São Paulo, 1994. v. 4.

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

FULGÊNCIO, Tito. **Da Posse e das Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUIMARÃES, Octavio Moreira. **Da boa-fé no Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Trad. Pinto de Aguiar. Bauru: Edipro, 1998.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch Y Cia Editores, 1951. v. 2, t. 2.

LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé**. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995.

MEDEIROS, Arnaldo. **Direito de Retenção**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 1944.

MENDONÇA, J. M. Carvalho de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editor, 1937. v. 7.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32. ed. Saraiva: São Paulo, 1995. v. 3.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 4.

PONTES, Tito Lívio. **Da Posse**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1978.

RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de retenção no contrato de empreitada. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 26, p. 229-244, abr./jun. 2006.

SANTOS, Ceres Linck dos. Natureza da obrigação de indenização de construção em terreno alheio. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 85, p. 15-38, jul./dez. 2018.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Freitas Bastos Editor, 1964. v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 5, p. 112-117.

Ivo Waisberg

Livre Docente em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

LLM em Direito da Regulação pela New York University School of Law – NYU.

Bacharel em Direito pela PUC-SP.

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado, sócio no Thomaz Bastos, Waisberg, Kurzweil Advogados.