

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ANSELMO LUIZ BACELAR JUNIOR

**O PROCEDIMENTO DE EMBARGOS POR BENFEITORIAS E O CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

VITÓRIA

2022

ANSELMO LUIZ BACELAR JUNIOR

**O PROCEDIMENTO DE EMBARGOS POR BENFEITORIAS E O CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, do Departamento do curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para aprovação no mestrado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre.

VITÓRIA

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

B116p BACELAR JUNIOR, Anselmo Luiz, -
O PROCEDIMENTO DE EMBARGOS POR
BENFEITORIAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL /
Anselmo Luiz BACELAR JUNIOR. - 2022.
112 f.

Orientador: Gilberto Fachetti Silvestre.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) -
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Posse. 2. Direito Civil. 3. Direito Processual. 4. Direito
de Retenção. 5. Execução. 6. Embargos de retenção por benfeitorias.
I. Fachetti Silvestre, Gilberto. II. Universidade Federal do
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III.
Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO
MESTRANDO ANSELMO LUIZ BACELAR JUNIOR**

Às 15 horas do dia 21 do mês de outubro do ano de 2022, via webconferência, reuniu-se a banca examinadora composta da seguinte forma: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre (Orientador); Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin (Membro interno – PPGDIR/UFES); e Prof. Dr. Thiago Rodovalho dos Santos (Membro externo - PUC CAMPINAS), para a sessão pública de Defesa de Dissertação do mestrando **Anselmo Luiz Bacelar Junior**, com o tema: "O PROCEDIMENTO DE EMBARGOS POR BENFEITORIAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL". Presentes os membros da banca e o examinando, o presidente deu início a sessão, passando a palavra ao aluno; após exposição de 20 minutos por parte do examinando, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno: em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou o mestrando e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

APROVAÇÃO COM DISTINÇÃO do examinando, pois a banca julgou que a dissertação constitui excepcional contribuição à ciência processual e seu texto está pronto para publicação, embora careça de algumas correções de natureza formal; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo a tratar, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada eletronicamente de acordo com a Portaria Normativa 08/2021 PRPPG/UFES.



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual PPGDIR / UFES
NPJ CCJE UFES Campus de Goiabeiras, Vitória, ES
Site: <http://www.direito.ufes.br/>
E-mail: pos.direito@ufes.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GILBERTO FACHETTI SILVESTRE - SIAPE 2623363
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 21/10/2022 às 16:41

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/589201?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
AUGUSTO PASSAMANI BUFULIN - SIAPE 2186685
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 31/10/2022 às 14:41

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/594395?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
GEOVANY CARDOSO JEVEAUX - SIAPE 7294615
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil
Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil - PPGDP/CCJE
Em 31/10/2022 às 15:04

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/594535?tipoArquivo=O>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A POSSE DE BOA-FÉ E A POSSE DE MÁ-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 Quando há posse no Direito Brasileiro	14
1.1.1 <i>Teoria Subjetiva</i>	14
1.1.2 <i>Teoria Objetiva</i>	18
1.1.3 <i>Teorias socioeconômicas ou sociais</i>	22
1.1.4 <i>Teoria adotada pelo Código Civil</i>	26
1.2. Aquisição da posse por esbulho ou turbação	28
1.3. O caráter da posse	34
1.4. A intersversão da posse de boa-fé em posse de má-fé	39
2 OS DIREITOS E DEVERES DOS ARTS. 1.219 E 1.220 DO CÓDIGO CIVIL...	48
2.1. As benfeitorias e sua classificação	48
2.2. Direito de retenção	51
2.3. Especificidades no direito de retenção: Comodato, locação e <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	60
2.3.1. <i>Comodato e locação</i>	60
2.3.2. <i>A exceptio non adimpleti contractus como direito de retenção</i>	63
3 OS EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS: CARACTERIZAÇÃO E PROCEDIMENTO	67
3.1. Definição dos embargos de retenção por benfeitorias	67

3.2. Procedimento dos embargos de retenção por benfeitorias	73
3.3. Recursos do retentor e medidas do exequente nos embargos de retenção por benfeitorias	78
<i>3.3.1. Recursos do executado: os embargos de declaração e a apelação nos embargos de retenção por benfeitorias</i>	79
<i>3.3.2. Medidas do exequente e as astreintes na execução com direito de retenção</i>	84
4 IMPORTAÇÃO DE TÉCNICAS DOS EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA	88
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	100

RESUMO

Este trabalho propõe um estudo dos embargos de retenção por benfeitorias, buscando uma sistematização da ferramenta processual do direito de retenção, analisando, ainda, as formas de defesa cabíveis no processo de conhecimento e no cumprimento de sentença, bem como as etapas subsequentes aos embargos de retenção por benfeitorias, como as tutelas antecipadas e os recursos na execução que trate de direito de retenção. Para tanto, utiliza-se da análise da literatura jurídica nacional e estrangeira para a sistematização dos embargos de retenção por benfeitorias no Código de Processo Civil de 2015, propondo um estudo da posse, do direito de retenção para, por fim, analisar propriamente o elemento processual dos embargos de retenção por benfeitorias. Com esse estudo, propõe-se um reexame do art. 538 do Código de Processo Civil, em estudo de julgados do Superior Tribunal de Justiça no tema, sobre o momento adequado da apresentação da defesa sobre o direito de retenção no processo de conhecimento. Via de regra essa defesa se dá na contestação, contudo, com o estudo dos embargos de retenção por benfeitorias verifica-se a possibilidade da importação de técnicas do processo executivo para o cumprimento de sentença, estudando-se, em conjunto a essa perspectiva, as preclusões existentes na defesa de mérito no processo de conhecimento, especificamente no que tange o direito de retenção. Assim, pretende-se contribuir com uma sistematização processual do direito de retenção nos embargos de retenção por benfeitorias, lançando o debate sobre a importação de técnicas da execução para o cumprimento de sentença no tema do momento adequado da apresentação do direito de retenção e a discussão sobre a ocorrência da preclusão em caso de não apresentação dessa defesa na contestação. Com isso, atualiza-se os estudos no tema e amplia-se as discussões processuais tanto no campo da execução quanto no cumprimento de sentença, estendendo o debate sobre os aspectos processuais do direito de retenção no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Direito de retenção; embargos de retenção por benfeitorias; importação de técnicas processuais; execução.

ABSTRACT

This work proposes a study of embargoes per improvements, seeking a systematization of the procedural implements of the right of retention, also analyzing the forms of defense applicable in the process, as well as the subsequent steps to embargoes per improvements, such as anticipated injunctions and appeals in the execution that deal with the right of retention. To this end, it uses the analysis of national and foreign legal literature for the systematization of embargoes per improvements in the 2015 Civil Procedure Code, proposing a study of possession, the right of retention to, finally, properly analyze the element procedure of embargoes of retention for improvements. With this study, we propose a review of art. 538 of the Code of Civil Procedure, in a study of judgments by the Superior Court of Justice on the subject, on the appropriate time for the presentation of the defense on the right of retention in the knowledge process. As a rule, this defense takes place in the impugment, however, with the study of embargoes of retention for improvements, it is verified the possibility of importing techniques of the executive process to comply with the sentence, studying, together with this perspective, the existing preclusions in the defense of merit in the process, specifically with regard to the right of retention. Thus, it is intended to contribute to a procedural systematization of the right of retention in embargoes per improvements, launching the debate on the importation of techniques of execution for the execution of judgment in the theme of the appropriate moment of the presentation of the right of retention and the discussion on the occurrence of the estoppel in the event of failure to present this defense in the impugment. With this, the studies on the subject are updated and the procedural discussions are expanded both in the field of execution, extending the debate on the procedural aspects of the right of retention in the 2015 Civil Procedure Code.

Keywords: Retention right; embargoes per improvements; import of procedural techniques; civil execution.

INTRODUÇÃO

As normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015, em sua modificação normativa direta, que alteraram o procedimento dos embargos de retenção por benfeitorias. Ante tais mudanças é preciso observar essa extensão. Uma questão relevante que surge é a defesa concentrada do réu na contestação, e, conseqüentemente, a inaplicabilidade dos embargos de retenção por benfeitorias no processo de conhecimento, conforme o art. 538 do Código de Processo Civil. É relevante, contudo, compreender se essa regra do momento de defesa do réu é absoluta e de fato gera a preclusão do direito de retenção. Para tanto, estuda-se a boa-fé e a má-fé do possuidor, especificamente a interservação da posse de boa-fé, bem como a aquisição a *non domino*, situações que poderiam gerar um momento de defesa distinto da contestação no processo de conhecimento. Em complemento, para esses casos, estuda-se a viabilidade da importação das técnicas da execução, utilizando-se da sistemática dos embargos de retenção por benfeitorias no cumprimento de sentença, bem como o próprio regramento da preclusão.

Assim, é necessário compreender também alguns elementos de direito material e processual relativos aos embargos de retenção por benfeitorias e ao próprio direito de retenção, tal qual: a viabilidade de negócio jurídico processual no procedimento a fim de possibilitar que o credor usufrua da coisa até a satisfação do crédito; as alterações possíveis do direito de retenção na locação e no comodato; a possibilidade de existência do direito de retenção na *exceptio non adimpleti contractus*; a classificação das benfeitorias e os direitos e deveres dos arts. 1.219 e 1.220 do Código Civil; a teoria da posse adotada no Brasil e o impacto desse elemento teórico no estudo do direito de retenção; as possíveis medidas do exequente na execução em que há alegação de direito de retenção; e uma discussão mais aprofundada sobre o cabimento da imissão provisória na posse, com observação do §6º do art. 917 do Código de Processo Civil de 2015.

A pesquisa tem como objetivos gerais a sistematização do direito de retenção no processo civil, tanto no âmbito dos embargos de retenção quanto no processo de conhecimento. Especificamente objetiva identificar os atuais institutos e princípios do Código de Processo Civil que podem ser absorvidos nos embargos de retenção por benfeitorias, compreendendo as inovações promovidas pelo atual diploma processual civil em cotejo com os embargos de retenção por benfeitorias, sistematizando o procedimento adequado e suas possíveis variações sob o ponto de vista da literatura jurídica.

Para tanto é necessário compreender e delimitar conceitualmente a retenção e as benfeitorias, bem como a posse, tanto em seu caráter de boa-fé quanto de má-fé. É necessário também compreender o funcionamento processual da tutela do direito de retenção em razão das benfeitorias realizadas, o funcionamento da tutela provisória e dos recursos na execução e nos embargos de retenção por benfeitorias. Por fim, compreender o momento adequado da apresentação do direito de retenção no processo de conhecimento, buscando analisar a proposição de preclusão do direito em caso de não propositura em contestação.

A pesquisa utilizará a pesquisa bibliográfica e revisão de documentos da literatura jurídica atinentes ao tema para traçar conclusões gerais ante a observação de fenômenos específicos, descoberta a relação entre eles e a generalização da relação, por via do método indutivo, bem como o estudo dos fenômenos gerais e abstratos para a melhor compreensão das especificidades necessárias, com a abordagem dedutiva.

1 A POSSE DE BOA-FÉ E A POSSE DE MÁ-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

Pensadores como John Locke compreendiam a propriedade como um direito humano e natural¹, porém, esse direito encontra limites em seu exercício. Um desses limites é o que se dá em relação à posse alheia e às benfeitorias nelas realizadas, sobre as quais pode haver a garantia do direito de retenção.

O direito de retenção é um direito real, acessório e de garantia², que concede uma via de defesa ao possuidor de boa-fé, garantindo-o o direito de manter consigo coisa alheia quando tenha nela realizado benfeitorias necessárias e/ou úteis ou acessões até que seja indenizado³

É uma forma de coerção indireta do autor da ação que intenta a posse da coisa para o pagamento das indenizações relativas às benfeitorias.⁴

Desse modo, é necessário compreender o conceito de posse de boa-fé para a compreensão do direito de retenção, visto que a retenção é limitada ao possuidor de boa-fé. Relevante também a compreensão do que é a posse no direito brasileiro. O estudo da posse se torna mais relevante ainda no contexto brasileiro dada a importância da posse na América Latina, considerando o processo de urbanização e de formalização de propriedade, que passou por problemas desde as reformas agrárias dos séculos XIX e XX⁵, passando pela dificuldade na urbanização⁶, havendo hoje um alto nível de informalidade na posse e na propriedade⁷

Para a compreensão da posse no direito brasileiro, mormente de quando essa se inicia e quando finda, é pertinente o destaque das teorias da posse, destacando-se as teorias de Friedrich Carl von Savigny, ou teoria subjetiva da posse, e a teoria de Rudolf von Ihering, ou

¹ GARNSEY, Peter. *Thinking About Property. From Antiquity to the Age of Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 228-230; 235.

² RODRIGUES NETTO, Nelson. Os Embargos de Retenção por Benfeitorias nas Ações Executivas 'lato sensu'. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 13, p. 97-101, 2004. p. 100.

³ Conforme: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 212; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 184.

⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *civilistica.com*, v. 6, n. 2, p. 1-25, 2017. p. 17.

⁵ GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. 19. ed. Madrid: Siglo XXI, 2017. 152-157.

⁶ CABRERA, Juan E.; QUINTANILLA, Claudia; CABRERA, Limbert. El mercado informal de suelo en Bolivia: prácticas y estrategias alrededor de la gestión de la tierra en áreas periféricas de Cochabamba. *Lincoln Institute of Land Policy*. 2022. p. 11-14.

⁷ Conforme: COCKBURN, Julio Calderón. El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *PLURIVERSIDAD*, n. 3, p. 45-64, 2019. p. 50-52; LEVENZON, Fernanda et al. La función social de la propiedad en términos de derechos humanos: implicaciones para la reforma del Código Civil. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 13, n. 1, 2012. p. 6-7; FERREIRA, Allan Ramalho. Informalidade fundiária, insegurança da posse e despejos forçados no Rio de Janeiro: por uma resposta pelo microssistema protetivo urbanístico. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*, n. 5, 2017. p. 8-13; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. FRANK, Felipe. Revisitando os Direitos Reais a partir de sua interface com o Direito Obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 32, n. 63, p. 133-158, 2011. p. 151-153.

teoria objetiva da posse^{8,9}, bem como as teorias socioeconômicas da posse, de Silvio Perozzi, Raymond Saleilles, Lodovico Barassi e Antonio Hernandez Gil.

Cumprido destacar que a análise do caráter da posse também é mister para a identificação do direito de retenção. Em caso de posse de má-fé do possuidor, esse não faz jus ao direito de retenção, como indica o art. 1.220 do Código Civil, em razão do repúdio à posse de má-fé e do princípio geral da vedação do enriquecimento sem causa, havendo esse direito tão somente o possuidor de boa-fé em relação às benfeitorias necessárias e úteis¹⁰.

Com a compreensão do início, fim e caráter da posse (boa-fé ou má-fé) é possível delinear os direitos e deveres do possuidor previstos nos arts. 1.219 e 1.220, fundamentais para a compreensão do procedimento dos embargos de retenção por benfeitorias, dado que nem toda posse enseja essa medida processual ou garante o direito de retenção.

1.1 Quando há posse no Direito Brasileiro

1.1.1 Teoria Subjetiva

Dentre as teorias da posse, analisando a teoria subjetiva de Friedrich Carl von Savigny, indica-se que a posse se formaria pela detenção material da coisa (ter a coisa consigo), denominado *corpus*, combinada com o *animus domini/animus rem sibi habendi*, que seria a vontade/intenção de ter a coisa para si, comportando-se como o dono da coisa. Essa é a chamada teoria subjetiva da posse em razão dos elementos volitivos do possuidor.^{11,12} A teoria de Savigny propunha uma reconstrução histórica da teoria romana da posse propondo uma recuperação da “verdadeira lei romana”, sistematizando os estudos do historiador Barthold Georg Niebuhr na temática da legislação romana (Institutas de Gaio).¹³

⁸ RAMOS, Ronal Eliseo Mamani. Controversia de Ihering y Savigny. *TEMIS: Repositorio de investigaciones formativas en Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Peru, 2021. p. 126.

⁹ BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo; CAPELOTTI, João Paulo. O percurso da posse e da propriedade no Brasil: das sesmarias aos conceitos contemporâneos. In: *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n. 16, jan/jun 2017. p. 30.

¹⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 83.

¹¹ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil III. Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981. p. 30.

¹² RIBAS, Antonio Joaquim. *Da posse e das ações possessórias: segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canonico*. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C, Livradores-Editores. 1883.p. 11.

¹³ Conforme: SAVIGNY, Friederich Karl von. ATARD, Rafael. *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908. 111-120; HOEFELICH, Michael H. Savigny and his Anglo-American disciples. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, n. 1, p. 17-37, 1989. p. 20-23; GUANDALINI, Walter. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano. *Seqüência (Florianópolis)*, n. 70, p. 163-187, jun. 2015, p. 163-187, 2015. p. 178-179; LIGHTWOOD, John M. Possession in the Roman Law. *Law Quarterly Review*, v. 3, 1887. p. 32.

No conceito de *corpus*, observa-se, conforme Savigny, que como regra para a manutenção da posse, tem-se que “*la première condition requise pour conserver la possession, c'est maintien d'un état de fait qui permette de disposer de la chose possédée [...]. La possession n'est donc perdue que lorsque la faculté de disposer devient complètement impossible*”¹⁴.

A definição de Savigny se assemelha ao que consta no Código Civil no art. 1.223: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.” e no art. 1.224: “Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.”. O art. 1.196, referenciado na formulação normativa do art. 1.223, dispõe que: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”.

Essa proximidade da teoria de Savigny é relevante pois a definição de posse no Direito Civil brasileiro é pautada majoritariamente pela teoria de Ihering¹⁵, contudo, ao observar o conceito de possuidor sob a ótica da perda da posse é possível identificar marcas da teoria de Savigny. Esses elementos ficam ainda mais claros quando estudado o *animus*.

Savigny, ainda, identifica que essa perda das faculdades de disposição da posse pode ocorrer por atos de violência ou clandestinidade (*vi aut clam*)¹⁶. *In casu*, ocorrida essa violência ou clandestinidade, se dará uma nova posse denominada *possessio vitiosa* que, caso encerrada ou repelida pela força, retorna a posse para o possuidor anterior. Com a ocorrência do ato de violência ou clandestinidade, ainda que se mantenha o *animus* do possuidor, caso ocorra a perda do *corpus* há a perda da posse.¹⁷ O *corpus* consistiria, assim, na “disposição física da coisa e ainda na possibilidade de exclusão de toda ingerência estranha”¹⁸.

Da teoria subjetiva há de se destacar o conceito do *animus domini*, que carrega uma complexidade e, tal qual como o *corpus*, pode ser um outro fator que se apresenta como um

¹⁴ "A primeira condição exigida para manter a posse é a manutenção de um estado de coisas que permita a disposição da coisa possuída [...]. A posse, portanto, só se perde quando a capacidade de dispor se torna completamente impossível." (Tradução livre). SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession en droit romain*. 2. ed. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, Libraries-Éditeurs, 1870. p. 323.

¹⁵ Conforme: BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66-67; MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 272; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 24; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession en droit romain*. 2. ed. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, Libraries-Éditeurs, 1870. p. 324

¹⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession en droit romain*. 2. ed. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, Libraries-Éditeurs, 1870. p. 333-334.

¹⁸ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55

elemento para a perda da posse. O *animus*, em Savigny, consiste na maneira em que o pretense possuidor se relaciona com a coisa, dado que essa “vontade ou intenção de ser dono” pode se apresentar como: *i*) um efetivo comportamento de dono (o *animus domini per se*); *ii*) a intenção de ter a coisa, marcado por um comportamento de vontade de guardar para si a coisa, definido pelo brocardo “*omnia ut dominum gessisse*”¹⁹ (*animus rem sibi habendi*);^{20,21} ou *iii*) uma *opinio domini*, que consiste na crença de ser dono, que tão somente leva à detenção²² da coisa.²³

O *animus* é, para Savigny, o segundo requisito para a conservação da posse. Esse opera como um ato de vontade dirigido à manutenção da posse, sendo que a perda da posse pelo critério do *animus* não se dá pela ausência de vontade em si, mas por um ato contrário à vontade de ter para si a coisa (*animus in contrarium actus*).²⁴

Vê-se um elemento relevante acerca da teoria romana de Savigny: a apontada subjetividade externada pelo critério do *animus*, que como nos termos do autor, não se denota por um elemento psicológico, mas sim ativo. A presença do “querer”, ou a falta dele, em Savigny, não leva à perda da posse, mas sim os atos compatíveis com a “vontade de ter”. Nesse sentido, aponta Sebastian Boțic:

*Într-adevăr, considerăm că animus domini este mai mult decât o intenție, reprezentând cea mai complexă tipologie circumscrisă genului animus possidendi. Astfel, “a te comporta ca un proprietar” este un mod de a (te) reprezenta ce implică o voință psihologică (voluntas possidentis), dar și un element intelectual (intellectus possidentis), recte capacitatea de a întruchipa ideea de proprietar.*²⁵

Retoma-se aqui o paralelo feito entre a teoria de Savigny e a definição de perda da posse feita pelo Código Civil nos arts. 1.223 e 1.224: o *animus* é, em Savigny, um agir. A conduta, para se opor ao *animus domini*, precisa ser uma conduta de oposição aos atos de dono. No art.

¹⁹ Tradução livre: “em tudo atuou como o mestre”.

²⁰ BOȚIC, Sebastian. *Animus possidendi: reflecții asupra naturii elementului intențional al posesiei*. *Revista Română de Drept Privat*, n. 01, p. 399-421, 2019. p. 399-400.

²¹ RAMOS, Ronal Eliseo Mamani. *Controversia de Ihering y Savigny*. *TEMIS: Repositorio de investigaciones formativas en Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Peru, 2021. p. 129.

²² A detenção encontra-se prevista no Código Civil no art. 1.198: “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.”

²³ DA ROCHA FILHO, Almir Porto. *Usucapião*. *Revista de Ciência Política*, v. 28, n. 1, p. 47-88, 1985. p. 58.

²⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession en droit romain*. 2. ed. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, Librairies-Éditeurs, 1870. p. 338-339.

²⁵ “Na verdade, consideramos que o *animus domini* é mais do que uma intenção, representando a tipologia circunscrita mais complexa gênero *animus possidendi*. Assim, “comportar-se como dono” é uma forma de representar o que implica uma vontade psicológica (*voluntas possidentis*), mas também um elemento intelectual (*intellectus possidentis*), capaz de incorporar a ideia de propriedade.” (tradução livre). BOȚIC, Sebastian. *Animus possidendi: reflecții asupra naturii elementului intențional al posesiei*. *Revista Română de Drept Privat*, n. 01, p. 399-421, 2019. p. 411.

1.224, a abstenção do retorno ou a inércia em retomar para si o objeto é uma conduta omissiva em sentido oposto ao de dono, ou, uma efetiva ausência de *animus*, o que, na teoria de Savigny, configuraria a perda da posse, tal qual para o Código Civil. Conjugando essa análise do *animus* com a exposta análise do *corpus* é possível observar um grande impacto da teoria subjetiva na definição de posse e possuidor pela via negativa, visto que define a perda da posse e quem não é possuidor.

Em outra toada, a posse, para Savigny, se caracteriza em natureza dúplice, pois porta-se como fato e direito, dado que tem por base uma situação alheia à lei (ter o *corpus*). Contudo, esse “ter o *corpus*” está associado ao exercício de direitos e à liberdade de disposição em contrato, revelando então uma face fática e legal da posse.²⁶

Esse elemento fático da posse sustenta, na teoria de Savigny, a proteção da posse pela figura do possuidor, munido do *animus*. As características de possuidor criam o estado de fato da posse e justificam as ações possessórias, que caminham paralelamente ao conceito de propriedade, estritamente ligado ao direito.²⁷

O *animus* de Savigny se alinha ao conceito desenvolvido pelos juristas Gaio e Pompônio:

*Infatti, come è stato notato, solo attribuendo al termine animus questo significato diviene intelligibile il regime descritto: il fatto che il titolare perda il possesso quando decida di non fare ritorno sul bene, lascia intuire che è proprio l'intenzione di rientrare nell'immobile a permettere la conservazione del possesso; se, dopo l'allontanamento del proprietario, questa intenzione persiste, il possesso è mantenuto; se invece viene meno, il possesso è perduto.*²⁸

A teoria de Savigny sofreu críticas em razão da ausência de algumas perspectivas adotadas e alguns panoramas assumidos como pressupostos teóricos, *exempli gratia*: i) a assunção de um foco no aspecto subjetivo da posse, que, em Savigny, era o elemento determinante para determinar a posse; ii) a propositura de Savigny de estruturação de uma codificação pautada no direito romano, que sofreu críticas quanto à problemática do desenvolvimento e produção

²⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession en droit romain*. 2. ed. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, Libraires-Éditeurs, 1870. p. 24-25.

²⁷ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 57.

²⁸ “De fato, como foi observado, apenas atribuindo ao termo *animus* esse significado torna-se inteligível o regime descrito: o fato de que o titular perde a posse quando decide não retornar ao bem, sugere que é precisamente a intenção de reentrar no imóvel que permite a retenção da posse; se, após a remoção do proprietário, esta intenção persistir, a posse é mantida; caso não ocorra, a posse é perdida” (Tradução livre). FERRETTI, Paolo. Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo. In: FERRETTI, Paolo; FIORENTINI, Mario. *Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura e società. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità*. Trieste: EUT Edizioni Università di Trieste, pp. 11-36. 2020. p. 27.

do direito por parte de Ihering^{29,30}; e *iii*) a conceituação de *corpus* em Savigny (poder físico ou apreensão da coisa), que foi criticada por Ihering dados os problemas de ausência de proteção da posse que essa formulação teórica da posse alinhada ao *corpus* definido pela possibilidade de agir imediatamente para evitar ações estranhas sobre a coisa.³¹

A teoria de Savigny é reconhecida no ordenamento brasileiro pela teoria jurídica como componente teórico no usucapião, “em que a posse, para que pelo tempo seja convertida em propriedade (posse *ad usucapionem*), deverá trazer consigo a vontade de possuir a coisa como própria (*animus rem sibi habendi*)”³². Ainda, é assimilada na aquisição da posse pela apreensão, na perda da posse pelo abandono e no constituto possessório.³³

1.1.2 Teoria Objetiva

Em oposição à teoria romana, há a teoria objetiva da posse de Rudolf von Ihering, com críticas à teoria de Savigny. A teoria da posse de Ihering teve origem no interdito *uti possidetis*, que, conquanto mais ligado às questões de propriedade em gênese, no panorama de Ihering, se apresenta como estrutura teórica para dar a posse àquele que tivesse a mais justa delas, ainda que o possuidor tenha adquirido a posse por via de turbção ou esbulho

²⁹ “[Ihering] combatió la doctrina de Savigny y de Puchta, según la cual la formación del derecho tendría lugar de una manera casi inadvertida y sin esfuerzo alguno, como sucede con la formación de la lengua. ‘Es preciso conceder, dice Ihering, que también el derecho, lo mismo que la lengua tiene un desarrollo espontáneo é inconsciente. Pero a menudo ocurre que el cambio no puede verificarse sin lastimar los derechos existentes. Con el derecho vigente se han ido ligando, en el transcurso del tiempo, intereses de millares de individuos y de clases enteras, de manera que no es posible derogarlos sin que estos intereses dejen de considerarse gravemente ofendidos’.[...]”. D’AGUANNO, Giuseppe. *La génesis y la evolución del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas é histórico-sociales*. v. 1. Madrid: La España Moderna, 1893. p. 185-186.

³⁰ BOHRA, Madhavi. Relevance of Fredrick Karl Von Savigny’s Theory in Contemporary Era. *SSRN Electronic Journal*, 2020. p. 14.

³¹ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 146.

³² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 22.

³³ Nesse sentido: “[...] a teoria subjetiva é importante para o estudo da usucapião, em que a posse, para que pelo tempo seja convertida em propriedade (posse *ad usucapionem*), deverá trazer consigo a vontade de possuir a coisa como própria (*animus sibi habendi*), Também tem o mérito de explicar a aquisição da posse pela apreensão e a perda pelo abandono, além da figura jurídica do constituto possessório que realiza a inversão do *animus* [...]”. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 22.

(moléstias da posse)³⁴. A posse, em Ihering, é mormente um direito, já tendo desde sua concepção um condão jurídico.^{35,36}

Ihering indica que, para ser possuidor, basta tão somente os aspectos objetivos, ou seja, é necessário haver “poder físico sobre a coisa, e, não obstante isso, recorrer também à noção de exercício do direito (inclusive de propriedade)”³⁷, ou seja, é possuidor aquele que detém a coisa e é capaz de exercer os direitos de proprietário (detentor do *corpus*), pouco importando o *animus*³⁸.

Ihering não considera o *animus* da mesma forma que Savigny, colocando, na realidade, o aspecto subjetivo em um caráter objetivamente apreciável, pelo critério da *affectio tenendi*, ou da “aparência de dono”, que se caracteriza pela visibilidade do domínio. A *affectio tenendi* da Ihering corresponde mais ao exercício da propriedade, ou, a uma propriedade presumida, do que a um aspecto volitivo do sujeito. Na teoria de Ihering, além da *affectio tenendi*, é necessário também o poder sobre a coisa (*corpus*)^{39,40}, que se manifesta como:

A exteriorização de um ou de alguns dos poderes ínsitos à propriedade, quais sejam, o de usar, fruir, dispor ou de reaver o bem. [...] Para o legítimo exercício da posse, importa que ao possuidor seja possível, no âmbito do ordenamento jurídico, exercer em seu nome, pelo menos um dos referidos poderes, total ou parcialmente.⁴¹

Esse poder ou proteção da posse, para Ihering, é constituído da seguinte forma:

A proteção da posse como exterioridade da propriedade é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário.

[...]

Desta sorte adquire a posse em relação à propriedade uma independência tal que, em lugar de servir exclusivamente à propriedade, pode também lhe ser contrária. O mesmo serviço que a posse presta ao proprietário que possui, de protegê-lo facilmente contra qualquer força estranha, igualmente presta ao não proprietário que possui, e isto até contra o proprietário que não possui.⁴²

³⁴ “O esbulho, juntamente com a turbacão e a ameaça ou risco, constituem as moléstias da posse, que são situações que impedem o legítimo possuidor ou proprietário de exercer os poderes inerentes ao domínio e à posse” SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela intersessio possessionis da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2033.

³⁵ RODRIGUES, Manoel. *A posse. Estudo de direito civil português*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 1980. p. 20-21.

³⁶ AMARAL, Maria de Fátima. Abrigo jurídico da posse e os instrumentos atípicos para sua proteção. *THEMIS: Revista da Esmec*, v. 12, p. 415-454, 2016. p. 426-427.

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 12.

³⁸ VERMOND, Edmond. *Théorie générale de la possession en droit romain*. Paris: L. Larose, 1895. p. 413.

³⁹ MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 270.

⁴⁰ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 59.

⁴¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 22.

⁴² IHERING, Rudolf Von. *Posse e interditos possessórios*. São Paulo: Progresso, 1959. p. 59; 67.

Tal distinção é relevante para a compreensão do *jus possessionis* (direito de ter posse) e do *jus possidendi* (direito à posse). Em suma, “o possuidor é titular do direito de manter-se ou restituir-se na sua situação jurídica [...] até o momento em que houver o embate entre o possuidor e o proprietário”⁴³. No que tange à perspectiva da tutela jurídica, para Ihering, sendo a posse (poder de fato) uma via para alcançar a propriedade (poder de direito)⁴⁴, ou ainda partindo da premissa de que a maior parte dos possuidores são proprietários,⁴⁵ a tutela sobre a posse é justificada como via paralela por se apresentar como forma mais célere de se tutelar a propriedade.^{46,47}

Nessa linha, Ihering divergiu de Savigny acerca da razão das ações possessórias (interditos possessórios). Savigny compreendia que a justificativa da proteção da posse era a moléstia (turbação ou esbulho), enquanto Ihering via que já se fazia justo o interdito simplesmente para a proteção da posse em relação a qualquer ação de terceiros, seja ou não violenta ou clandestina.⁴⁸

Para Ihering, a posse é a regra, sendo a detenção da coisa uma exceção a ser identificada pela existência de uma *causa detentionis*. Como requisitos para a proteção da posse, para Ihering, há tanto os mesmos requisitos para a existência da posse (*corpus* e *affectio tenendi*) quanto a ausência de razão de direito que vede o proponente do interdito a adquirir a posse ou de ser proprietário da coisa que é o objeto da ação.⁴⁹

A teoria de Ihering é justamente voltada para uma máxima proteção da posse, prescindindo de exigências ao possuidor da condição de proprietário e, por consequência, das provas de propriedade da coisa, identificando, em favor da defesa da posse, uma independência dessa em relação à propriedade, avaliando como possível a defesa da posse para possuidor não proprietário em face de proprietário não possuidor.⁵⁰

⁴³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 24.

⁴⁴ JHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 14; 21-22.

⁴⁵ CRAWFORD, Michael John Rooke. *An expressive theory of possession*. Tese (Doutorado em Filosofia) Melbourne Law School - University of Melbourne. Melbourne, p. 347. 2020. p. 142-143; 287.

⁴⁶ MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 270.

⁴⁷ JHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 23-26.

⁴⁸ ESMEIN, Adhémar. Theories de la Possession en Allemagne. *Nouv. Rev. Hist. Droit Français & Etranger*, v. 1, p. 489-500, 1877. p. 498.

⁴⁹ DUQUESNE, Joseph. Exame crítico da teoria possessória de Ihering. Teoria objetiva e teoria subjetiva. In: IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 236-237

⁵⁰ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 61-66.

Para Ihering, “a proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário”⁵¹.

Nessa linha, Ihering identifica um paralelismo entre a posse e a propriedade: para o autor, onde há propriedade pode haver posse, dado que a proteção possessória é um complemento essencial da proteção da propriedade. Destaca Ihering que “a posse deve sempre andar a par da propriedade, visto como afinal são comuns as condições de sua existência”⁵². Na teoria de Ihering, usando por base a teoria romana da posse, a propriedade não pode continuar sem que haja posse.⁵³

As críticas de Ihering contra Savigny não se centravam na propositura de uma teoria romana da posse, mas em uma não inclusão de direitos da posse que, de acordo com Ihering, eram admitidos no direito romano e que foram preteridos na teoria de Savigny. A exemplo, Ihering aponta que o *corpus* na lei romana admite a posse sem a vigilância da coisa (e.g. posse da caça ou dos *servus*⁵⁴). Além disso, criticou a ausência de um interesse prático na teoria subjetiva de Savigny.⁵⁵

A posse seria, então, não apenas uma exterioridade da propriedade, mas uma exterioridade do próprio direito do possuidor. Conforme Ihering:

A expressão *juris possessio* empregada pela jurisprudência romana para designar a exterioridade da propriedade das servidões, é a meu ver a melhor prova do que se entendia por *possessio*; com relação à propriedade, podia perfeitamente ser aplicada às servidões, ou, em outros termos, não se trata do poder físico sobre a coisa, mas da exterioridade da propriedade.⁵⁶

Ihering aponta, na proteção da posse, um efeito relevante causado pela morte do possuidor ou proprietário da coisa: tanto a proteção da posse quanto a usucapião⁵⁷ transportam-se para o(s)

⁵¹ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 59.

⁵² IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 140.

⁵³ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 140.

⁵⁴ Ainda que esteja sem a posse direta, o possuidor conserva sua posse em razão do *animus*. Acerca do entendimento dos pretores romanos sobre a posse do *servus*, destaca-se: “[...] *il possesso del fugitivus va conservato e pertanto il padrone acquista il possesso dei beni ottenuti dal servo durante la fuga* . [...] *il dominus consegue il possesso delle cose comprate dal servo in fuga, perché continua a possedere il servo medesimo attraverso l’animus, elemento costitutivo della fattispecie possessoria*.” “[...] a posse do *fugitivus* deve ser mantido e, portanto, o senhor adquire a posse dos bens obtidos do servo durante a fuga. [...] o *dominus* segue a posse das coisas compradas do servo fugitivo, porque continua a possuir o servo pelo *animus*, elemento constitutivo do caso possessório.” (Tradução livre). FERRETTI, Paolo. *Acquisto a non domino da parte del servus fugitivus: un rincorrersi tra regole ed eccezioni*. *Cultura giuridica e diritto vivente*, v. 7. 2020. p. 9.

⁵⁵ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 161; 164.

⁵⁶ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 170-171.

⁵⁷ “O direito brasileiro admite esta possibilidade de continuação da posse do *de cuius* para fins de usucapião. É a denominada *successio possessionis*, em que o herdeiro continua a posse do falecido com as mesmas qualidades e com o mesmo título, desde que sucessor a título universal.” DE PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares. Elementos gerais da usucapião. *Revista de Direito Privado*. vol. 104/2020. p. 147-168. mar-Abr/2020. p. 149.

herdeiro(s). Essa ação seria em face de quem possui para o herdeiro ou possuidor (*pro herede vel pro possessore*).⁵⁸

Na proteção da posse, Ihering compreende que essa deve ser feita na forma da *judicium duplex*, ou seja, bastando que haja um desacordo entre os envolvidos a *reivindicatio* seria um instrumento válido para resolução na demanda sobre a propriedade. Nos interditos possessórios, valeria a mesma lógica, adicionando a perspectiva de que nesses o debate estaria limitado à posse. Ou seja, as defesas da posse, para Ihering, não se limitam ao momento em que essa for lesada, mas se ampliam para quando houver qualquer desacordo entre autor e réu, dado que a condição do interdito *uti possidetis* de Ihering não é a violação da posse, mas a pretensão de possuir a coisa.⁵⁹

Sobre a perda da posse, Ihering destaca a inaplicabilidade da lei da *vis inertiae*, de Savigny. Para Ihering, não pode existir uma *posse abstracta* impossível de ver, de ser aproveitada ou de ser percebida e, ao negar a *vis inertiae*, a posse cessa com o fim dos requisitos da posse (*corpus e affectio tenendi*), e não pela produção de um estado de “mudança que converta em impossibilidade a possibilidade de reproduzir à vontade a relação originária”.⁶⁰ Ou seja, a posse não finda por um *actum in contrarium*, em que o estado de possuidor findaria apenas quando houvesse ato que reconhecesse o fim da posse por identificação da ausência de vontade,⁶¹ semelhante à decisão constitutiva do direito brasileiro. Negando a *vis inertiae*, a posse cessa no momento em que os requisitos da posse se encerram, próximo do que se compreende pela decisão declaratória.⁶²

1.1.3 Teorias socioeconômicas ou sociais

Para além das clássicas teorias de Savigny e Ihering, há também as teorias socioeconômicas ou sociais da posse, que tem como expoentes os pensadores Silvio Perozzi, Raymond Saleilles, Lodovico Barassi e Antonio Hernandez Gil. Um dispositivo que é marco dessa

⁵⁸ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. 90-91

⁵⁹ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 95-96.

⁶⁰ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 157

⁶¹ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 157-158

⁶² “Com o pronunciamento declaratório o juiz restaura a ordem jurídica, ao mesmo tempo que compõe o litígio, fazendo imperar a certeza. [...] Nas decisões constitutivas, a alteração do *status quo ante* é consequência da infração cometida contra a ordem instituída, embora sob forma diversa da condenação. O autor da infração dá causa, assim, a que se altere a situação anterior; e nisto consiste a forma de reagir da ordem jurídica diante desse ato ilícito” (sic). MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 222.

teoria no ordenamento é o §1º do art. 1.228 do Código Civil⁶³ (cláusula geral de limitação do exercício do domínio).⁶⁴ Sobre as teorias socioeconômicas, aponta Gilberto Fachetti Silvestre:

[...] as teorias socioeconômicas têm a virtude de analisar a posse de maneira autônoma face à propriedade, destacando, a propósito, situações em que a posse pretere a propriedade. A posse tem autonomia suficiente em relação aos direitos reais, inclusive para suplantar o direito de propriedade, notadamente quando se constata o efetivo cumprimento da função social.⁶⁵

As teorias socioeconômicas se desenvolveram após a I Guerra Mundial, com marcos na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. No direito brasileiro, essas teorias foram introduzidas pela Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso XXIII⁶⁶. No Direito Civil, constam no §1º do art. 1.228, que dispõe sobre a limitação do exercício de domínio, bem como no §4º do art. 1.228, e nos arts. 1238-1244, que dispõem sobre a usucapião.⁶⁷

Dos teóricos dessa linha, Perozzi estabelece como critérios para a posse: *i*) a aparência de exclusividade da posse, que por conseguinte gera uma não contestação da sociedade; *ii*) em mesma linha, o respeito de terceiros pela posse de outrem por via da abstenção em relação à interferência na posse; *iii*) vontade de possuir de alguém e reconhecimento da sociedade em relação a essa posse. É uma vontade de fato. Em suma, a posse tem uma face em relação a quem possui (vontade - *lado positivo*) e em relação a terceiros (aceitação da posse ou

⁶³ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁶⁴ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 87-88.

⁶⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 89.

⁶⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁶⁷ MASTRODI, Josué; BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4, p. 1527-1554, 2015. p. 1535-1536.

abstenção - *lado negativo*).⁶⁸⁻⁶⁹ Na teoria de Perozzi, a vontade do Estado no reconhecimento da posse é irrelevante para sua caracterização.⁷⁰⁻⁷¹ Destaca-se, ademais, que:

A caracterização teórica da posse feita por Silvio Perozzi é “sociológica”, pois a posse é um fenômeno moral construído consuetudinariamente pela sociedade. [...] [A posse] não se trata de uma consequência do princípio da sociabilidade, pois a posse não foi funcionalizada para ser praticamente um valor em si; o valor (moral) que existe é aquele que está inculcado na tradição social, que é o que irá reconhecer a posse.⁷²

Em outro lado, Saleilles estrutura a posse nos seguintes termos: *i*) a posse é independente da propriedade, sendo um instituto anterior; *ii*) a posse se constitui como a apropriação econômica das coisas.⁷³ Essa posse é uma junção do “*corpus* (caracterizado pela utilização econômica da coisa) e aceitação social (dependência de costumes sociais para a convivência em sociedade).”⁷⁴

Saleilles ainda identifica na posse uma espécie de “bens especiais” ao tratar de bens culturais e de arte, conforme:

*Certains auteurs, comme Raymond Saleilles et plus récemment Marie Cornu, n'hésitent pas à parler de "propriété spéciale" lorsqu'il est question de biens culturels. Saleilles met en avant une "conception coutumière du droit de propriété", sorte de propriété assouplie pour les œuvres d'art notamment où le droit de propriété "au lieu d'être forcément l'incarnation du droit qui s'isole et se dégage de toute entrave, apparaîtrait, comme ce doit être le cas pour tous les rapports de l'homme vivant en société, comme dominé par le point de vue des nécessités sociales et de l'intérêt général".*⁷⁵

⁶⁸ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 90.

⁶⁹ MASTRODI, Josué; BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4, p. 1527-1554, 2015. p. 1532.

⁷⁰ GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969. p. 49.

⁷¹ MASTRODI, Josué; BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4, p. 1527-1554, 2015. p. 1532.

⁷² SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 91.

⁷³ MASTRODI, Josué; BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4, p. 1527-1554, 2015. p. 1533.

⁷⁴ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 93.

⁷⁵ “Alguns autores, como Raymond Saleilles e mais recentemente Marie Cornu, não hesitam em falar de ‘propriedade especial’ quando se trata de bens culturais. Saleilles aponta uma ‘concepção costumeira do direito de propriedade’, uma espécie de propriedade flexibilizada para obras de arte especificamente, onde o direito de propriedade ‘em vez de ser necessariamente a encarnação do direito que se isola e emerge de qualquer obstáculo apareceria, como deve ser o caso de todas as relações humanas que vivem em sociedade, dominadas pelo ponto de vista das necessidades sociais e do interesse geral’. (Tradução livre). MISONNE, Delphine; DE CLIPPELE, Marie-Sophie; OST, François. L’actualité des communs à la croisée des enjeux de l’environnement et de la culture. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, v. 81, n. 2, p. 59-81, 2018. p. 72.

O viés social da teoria possessória de Saleilles reside na perspectiva da exploração econômica da coisa, necessária a todos, e na não interferência da exploração por terceiros, dado que esses também têm a necessidade de explorar as coisas. Destaca-se, contudo, que a exploração econômica e a aceitação social de tal se pautam, conforme Saleilles, em um ideal coletivo e em conformidade aos costumes, definindo uma teoria baseada em um vínculo econômico e social em relação à coisa.⁷⁶

Na teoria de Lodovico Barassi, a posse se estrutura como uma relação entre a pessoa e a coisa que respeite a “consciência social”, ou, o “destino digno da coisa”. Barassi estabelece que só é possuidor e, por consequência, legitimado a ter a proteção da posse, quem exerce a posse em conformidade com o adequado uso da posse na perspectiva dessa “consciência social” da posse.⁷⁷

Em síntese:

Dar à coisa uma posse improdutiva é um dano social para Barassi (BARASSI, 1952, p. 17). Então, sistematizando, o possuidor deve tornar a coisa produtiva (dar destinação econômica); essa produtividade deve trazer benefícios coletivos (fins sociais); e isso faz com que o Estado garanta a proteção possessória ao possuidor e a paz social (BARASSI, 1952). Nesse sentido, a justificativa dos interditos possessórios (proteção da posse) é que eles asseguram a manutenção da fruição pelo legítimo possuidor que é admitida pela coletividade (BARASSI, 1952). Parece, então, que não havendo utilidade social na fruição da coisa pelo possuidor — que é o anseio da coletividade —, então o titular da posse não fará jus à tutela interdital possessória.⁷⁸

Hernández Gil, por outro lado, apresenta uma propositura mais teórica sobre a noção de função social da posse. Para o pensador espanhol, a função social deveria se apresentar em dupla função no ordenamento: como princípio (pressuposto) e finalidade. A primeira face se daria como uma relação de interação e interdependência da construção do direito, em linha de que o Estado não pode construir o direito sem pensar nas relações dessas normas quanto fenômeno jurídico com o fenômeno social. Como finalidade a função social se apresenta pelo conteúdo dos institutos e instituições jurídicas, analisadas por um juízo teleológico. Aponta ainda que a função social consiste no ordenamento jurídico como um expoente da realidade social e como uma força motriz de alteração das estruturas sociais.⁷⁹

Dentro desse contexto teórico, para Hernández Gil, a posse tem dupla função (jurídica e fática): “a posse tem uma projeção interna, no sentido de ser um poder do possuidor sobre a

⁷⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 94.

⁷⁷ BARASSI, Lodovico. *Diritti reali e possesso*. v. 2. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 32-33.

⁷⁸ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 97.

⁷⁹ GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969. p. 72-75.

coisa, e uma projeção externa, caracterizada por um dever geral social de abstenção que enseja a proteção interdita possessória em caso de descumprimento”⁸⁰. Ante isto, a proteção possessória, na teoria de Hernández Gil, se dá em razão do elemento fático do dever de todos de respeitar a condição social do possuidor.⁸¹

1.1.4 Teoria adotada pelo Código Civil

A teoria objetiva de Ihering é a reconhecida como a adotada pelo Direito Civil brasileiro desde o Código Civil de 1916 (art. 485)⁸² até o vigente Código (art. 1.196).⁸³ É possível verificar na teoria jurídica da época do Código de 1916 repetições de aspectos da teoria objetiva, tal qual a legitimidade passiva do interdito possessório, que admite o “reputado possuidor” como réu:

A reivindicação é também praticável contra quem, supposto não tenha na realidade a posse da coisa, todavia é reputado possuidor (*fictius possessor*) [...] Contra aquele, que sem ter a posse da coisa, acode à ação, como se realmente a possuísse (*qui se liti obtulit*). O possuidor ficto, pois que não pôde restituir a coisa, é condenado a pagar a estimação. (sic)⁸⁴

Verifica-se, portanto, uma repetição do conceito da *affectio tenendi* de Ihering, reforçando a perspectiva legal de adoção da teoria objetiva na posse brasileira desde o Código Civil de 1916. Contudo, é possível identificar parte da teoria de Ihering que foi preterida em favor da teoria de Savigny, em específico no tocante à *vis inertiae*: “A prova de domínio resulta da prova do modo de aquisição. Firmada a aquisição, o domínio se presume perseverar na pessoa do adquirente enquanto não se mostrar o contrário” (sic)⁸⁵. Com a assunção de um estado até que um ato o altere, verifica-se a assunção da teoria da *vis inertiae*, de Savigny, criticada por Ihering. Assim, não é possível afirmar com absoluta certeza a assunção plena da

⁸⁰ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 98.

⁸¹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020. p. 98.

⁸² GUIMARÃES, Octávio Moreira. Da posse e seus efeitos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 44, p. 45-50, 1949. p. 46-48.

⁸³ Conforme: BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66-67; MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 272; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 24; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

⁸⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940. p. 194.

⁸⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940. p. 193.

teoria objetiva de Ihering na codificação civil desde 1916. Antes da codificação civil de 1916, inclusive, a literatura jurídica privilegiava Savigny, justificando essa discrepância na possível teoria adotada no Código Civil de 1916.⁸⁶

No atual código, malgrado a teoria subjetiva de Savigny apenas ser vista como aplicável no usucapião, observando-se a sistemática da perda da posse dos arts. 1.223 e 1.224 do Código Civil, vê-se que o elemento subjetivo de Savigny (*animus*) está presente na definição de posse e possuidor no Código Civil por definição negativa: não é possuidor aquele que não agir com a vontade de sê-lo.

A posse se dá como perdida quando, notada a violência ou clandestinidade, nada fez o possuidor para restaurar o estado anterior (“se abstém de retornar a coisa”): essa não conduta, como requisito da perda da posse, é o mesmo que determinou Savigny como o requisito da perda da posse pelo critério do *animus*. Apesar de inexistir um reconhecimento amplo da teoria subjetiva de Savigny na definição de posse e possuidor, em leitura do Código Civil, é possível notar uma presença da definição de *animus* na estipulação da perda da posse. O entendimento da distinção entre o *animus* e a *affectio tenendi* como o aspecto volitivo presente no Código Civil é relevante para a compreensão da má-fé e da boa-fé na posse, fundamentais para o estudo das benfeitorias e, por conseguinte, da sua via de defesa processual no caso do direito de retenção.

Verifica-se portanto que diversas são as teorias que buscam explicar a posse, tanto em sua justificativa de ser quanto pela linha de como protegê-la, reavê-la e quais são os requisitos de sua perda. É notável que as teorias clássicas (Savigny e Ihering) estão mais presentes no trato dos estudos do direito civil, sendo a de Ihering a considerada a adotada pelo Código Civil tanto de 1916 quanto de 2002, contudo, ao analisar mais profundamente a teoria de Savigny percebe-se que a relevância dada à posse na teoria subjetiva se coaduna com as perspectivas fáticas do direito brasileiro, bem como a base do pensamento de Savigny encontra consonância na legislação civil pátria.

Para além disso, a visão da perda da posse e as justificativas possessórias das teorias sociais ou socioeconômicas propiciam uma visão distinta, pautada no uso e destinação da coisa, concedendo um novo olhar sobre a posse no estudo da retenção por benfeitorias. Nessa toada, é pertinente compreender todas as teorias, sem descartar as que em aparência não são as adotadas pelo direito pátrio, em vista de potencialmente terem respostas para questões

⁸⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *História do direito civil brasileiro. Ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 191.

relevantes para os problemas encontrados no espectro processual do direito de retenção por benfeitorias.

1.2. Aquisição da posse por esbulho ou turbação

O art. 1.208 do Código Civil dispõe, *in fine*, que não induzem posse os atos de violência ou clandestinidade senão após cessados esses atos. Enquanto durar a violência ou clandestinidade, há uma situação de detenção (*in casu*, tença⁸⁷), conforme o art. 1.198 do Código Civil.

Distingue-se a violência da clandestinidade na medida em que a primeira ocorre quando há aquisição da posse pelo uso da força ou da coação física ou moral contra o legítimo possuidor, impedindo-o de regressar à coisa (no caso de esbulho) ou impedindo o exercício da posse (no caso da turbação), inexistindo diferenciação entre a *vis absoluta* e a *vis compulsiva*⁸⁸ para a caracterização da posse violenta. A violência pode ter sido praticada tanto contra o possuidor quanto contra o detentor que no momento do esbulho ou turbação estava guardando a posse.⁸⁹ A posse clandestina se caracteriza por ocorrer de forma oculta (“furtivamente”) em relação ao justo possuidor, ainda que evidente a terceiros.^{90,91} É possível o uso da força física na posse clandestina, desde que esse seja limitado à coisa. Nesse caso, caracteriza-se a clandestinidade, *e.g.*, no caso de arrombamento de porta ou portão para acesso ao imóvel.⁹² É requisito da posse clandestina, caracterizando o vício da posse, tanto o desconhecimento do legítimo possuidor da ocorrência do esbulho ou turbação quanto de atos que mantenham camuflada

⁸⁷ DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado. Parte especial. Direito das coisas: posse*. 2. ed. v. 10. Campinas: Bookseller, 2000. p. 205; 227; 335

⁸⁸ Diz-se *absoluta (vis absoluta)* quando consiste na utilização de violência física, de tal modo que impede a formação da vontade negocial e *relativa*, quando não elimina a vontade do agente, apenas vicia-a, de modo que esse perde a espontaneidade no querer. É a chamada coação *moral (vis compulsiva)*”. AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 544.

⁸⁹ Conforme: GONZÁLEZ, José Alberto. O princípio do contraditório na restituição provisória da posse: breve linha evolutiva histórica e regime actual. *Lusíada. Direito*, n. 8/9, p. 51-81, 2011. p. 76; BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela interspersio possessionis da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2033.

⁹⁰ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87.

⁹² GONZÁLEZ, José Alberto. O princípio do contraditório na restituição provisória da posse: breve linha evolutiva histórica e regime actual. *Lusíada. Direito*, n. 8/9, p. 51-81, 2011. p. 76.

essa posse contra o legítimo possuidor, podendo converter-se para violenta ou mesmo cessar a injustiça da posse, nos termos dos arts. 1.200 e 1.224 do Código Civil.⁹³

A posse precária é a que se dá pelo “abuso de confiança”, em que o possuidor, em momento que deveria devolver a coisa por prazo certo ou condição determinada, se recusa a fazê-lo, mantendo-se indevidamente na coisa.^{94,95} Na posse precária, o indivíduo já está em posse da coisa e mantém-se nela, fazendo com que a precariedade surja durante o exercício da posse, de modo que o vício tem início não com a posse, mas com a recusa da entrega da coisa no termo *ad quem* ou *sine die*.⁹⁶

O esbulho é a ação, violenta, clandestina ou por abuso de confiança, que gera a perda da posse do justo possuidor. Admite como proteção da posse a ação de reintegração da posse, correspondente, no Direito Romano, ao interdito *unde vi* ou *recuperandæ possessionis*.^{97,98} O esbulho pode ser classificado como pacífico ou violento, sendo o primeiro caso a hipótese da clandestinidade e da precariedade no esbulho, enquanto o segundo ocorre quando há o esbulho por emprego de violência contra o possuidor ou detentor que estava na coisa ou com ela no momento da tomada. Inexiste, contudo, diferença prática entre o esbulho violento e pacífico em termos de tutela possessória, cabendo essa diferenciação apenas para fins de avaliação da extensão do dano para eventual tutela indenizatória.⁹⁹

A turbação consiste no ato que impede o livre exercício da posse, diferenciando-se do esbulho por não obstar em totalidade a posse, mas privando o possuidor do exercício pleno da posse. Na turbação, o possuidor, conquanto com posse cerceada, mantém-se na posse do bem,

⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p 139-142.

⁹⁴ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 71.

⁹⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela interversio possessionis da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2033-2034.

⁹⁶ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 71.

⁹⁷ CALIL, Grace Mussalem. Ações Possessórias. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 11, n. 09, 2012. p. 132.

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152.

⁹⁹ Conforme: GONZÁLEZ, José Alberto. O princípio do contraditório na restituição provisória da posse: breve linha evolutiva histórica e regime actual. *Lusiada. Direito*, n. 8/9, p. 51-81, 2011. p. 75-76; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 153-154; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela interversio possessionis da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2033.

diferentemente do esbulho, em que necessariamente há a perda da posse.^{100,101} A medida adequada para a proteção contra o esbulho é a ação de manutenção de posse^{102,103}.

Sobre as tutelas possessórias no esbulho e na turbação, destaca-se que caso a ação seja proposta em menos de ano e dia do esbulho (ação de força nova), possibilita seguir o rito especial (art. 558 do Código de Processo Civil), que confere a condição de concessão de tutela liminar para o esbulhado.^{104,105} Esse prazo é decadencial¹⁰⁶ e, caso superado, não obsta a propositura da ação, apenas encerrando a possibilidade do rito especial e da tutela liminar. O marco temporal do esbulho e da turbação é o primeiro ato de limitação ou impedimento da posse, independentemente da moléstia ser composta de diversos atos e inicia a contagem do momento em que o possuidor tomou conhecimento ou teve condições de saber da moléstia.^{107,108}

Na tutela contra o esbulho ou a turbação, apenas o possuidor tem o direito de ajuizar as ações possessórias, não sendo uma legitimidade do detentor.^{109,110} Persiste sendo esbulho ou turbação mesmo que praticada contra o detentor e, em razão da qualidade de *longa manus* do possuidor, o detentor pode exercer a autotutela da posse, nos termos do §1º do art. 1.210. Contudo, na via judicial, deve o possuidor figurar no polo ativo da ação.¹¹¹ Em termos de

¹⁰⁰ MILAGRES, Marcelo Oliveira. A tutela indenizatória da propriedade pela responsabilidade e além dela. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, 2019. p. 3.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 150.

¹⁰² MILAGRES, Marcelo Oliveira. A tutela indenizatória da propriedade pela responsabilidade e além dela. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, 2019. p. 5.

¹⁰³ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 802.

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1572-1573.

¹⁰⁵ MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 285-286.

¹⁰⁶ “Decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei. [...] O prazo começa a correr no momento em que o direito nasce, surgindo, simultaneamente, direito e termo inicial do prazo, o que não ocorre na prescrição [...]. O respectivo prazo é rigidamente fixado, sem possibilidade de interrupção ou suspensão”. AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 624-625.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 57

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 154-156

¹⁰⁹ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 802.

¹¹⁰ MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 295-296.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 126-127.

competência, conforme o §2º do art. 47 do Código de Processo Civil, nas ações possessórias imobiliárias há competência absoluta do foro da situação da coisa.^{112,113}

É cabível, em termos de tutelas possessórias, o uso do interdito proibitório, que pode ser utilizado tanto no caso do esbulho quanto da turbação. A questão fática que se altera, contudo, enquanto a reintegração de posse ou a manutenção de posse ocorrem após o esbulho ou a turbação, respectivamente, o interdito proibitório ocorre antes da moléstia da posse, quando houver ameaça de ocorrência de esbulho ou de turbação, visando justamente impedir o ato.^{114,115}

Relevante mencionar que, conforme o art. 493 e 554 do Código de Processo Civil, a propositura de um interdito possessório no lugar do outro, seja por erro do postulante ou por alteração do estado fático (e.g. turbação que se torna esbulho), não altera no conhecimento do pedido e eventual concessão da tutela. Essa disposição do *Codex* processual corresponde à fungibilidade das ações possessórias.¹¹⁶

Assim, compreende-se o *iter* de aquisição da posse por via do esbulho ou turbação: *i*) ocorre a moléstia da posse pela violência ou clandestinidade; *ii*) o legítimo possuidor toma conhecimento da moléstia da posse e, tentando reavê-la, falha ou abdica de reaver a coisa; *iii*) há a perda da posse; *iv*) cessam-se os atos de violência ou clandestinidade; *v*) a tença se torna posse.

Com o fim da tença, a posse será injusta e persistirá com essa característica, dado que, em regra, não se permite o saneamento dos vícios objetivos do caráter originário da posse, seguindo a regra *nec vi, nec clam, nec precario (nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest e quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere)*.^{117,118}

Especificamente quanto aos vícios da posse, Francisco Eduardo Loureiro aponta que esses

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 458-459.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 292-294.

¹¹⁴ MILAGRES, Marcelo Oliveira. A tutela indenizatória da propriedade pela responsabilidade e além dela. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, 2019. p. 5.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 217.

¹¹⁶ Conforme: DOS SANTOS, João Paulo Marques. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações possessórias. In: LOURENÇO, Haroldo; DA SILVA, Larissa Pochmann. *Solução de conflitos e instituições jurídicas*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2018. p. 311-312; MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307. p. 289-290; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 246-248.

¹¹⁷ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69-71.

¹¹⁸ MACCORMACK, Geoffrey. *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano" Vittorio Scialoja"*, n. 14, p. 71-96, 1972. p. 82.

não correspondem a um rol taxativo no Código Civil (art. 1.200), de modo que injusta seria a posse adquirida em contrariedade à vontade do consumidor, ressalvadas as exceções legais.¹¹⁹ Contudo, em outro sentido, há teoria distinta que verifica a possibilidade de saneamento do vício pelo decurso do tempo: mantida a posse sem violência ou clandestinidade por mais de um ano, perde-se o vício de origem.¹²⁰ Dessa forma, é possível que a posse originariamente injusta tenha o caráter *ad usucapionem*¹²¹.

Em outro sentido, Carvalho Santos aponta outra regra para o saneamento dos vícios da posse: esses seriam saneados a partir do momento em que cessados os atos de violência ou clandestinidade, circunstância em que se passaria a haver posse útil da coisa. Para efeitos de posse *ad usucapionem*, inicia-se o prazo de contagem.¹²²

Contudo, há de se destacar que a posse injusta não veda ao molestador da posse a proteção possessória contra eventual esbulho ou turbação que venha sofrer, colocando-o como o melhor possuidor perante terceiros, ainda que seja uma posse injusta.^{123,124} Destaca-se que essa proteção possessória conferida ao esbulhador em nada interfere no caráter de sua posse, servindo apenas para o propósito de proteção contra um novo esbulho ou turbação, ou seja, a coisa julgada é eficaz somente em referência à moléstia da posse que combateu.¹²⁵ É possível, portanto, que haja a posse iniciada em esbulho ou turbação com o fim dos atos de violência ou clandestinidade e, justa ou injusta, essa posse carrega os direitos possessórios.

Para fins do direito de retenção, o caráter “justo” da posse não é relevante, dado que o direito de retenção é marcado pela boa-fé da posse. Assim, a partir do momento em que houver posse na turbação ou esbulho, há a possibilidade do direito de retenção desde que essa posse seja de boa-fé.

¹¹⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 1.151.

¹²⁰ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Toda posse *ad usucapionem* é uma posse injusta. *civilistica. com*, v. 5, n. 1, p. 1-33, 2016. p. 20

¹²¹ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Toda posse *ad usucapionem* é uma posse injusta. *civilistica. com*, v. 5, n. 1, p. 1-33, 2016. p. 4; 29.

¹²² VIEIRA, Adriano Barreto; SILVA, Ricardo Cohim. A (im) possibilidade de usucapião na posse injusta. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 136, 2011. p. 8.

¹²³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 50.

¹²⁴ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 29-50, 2013. p. 39.

¹²⁵ “(i) a coisa julgada vincula somente as partes que se fizeram constar da sentença, ou seja, participaram do devido processo legal; (ii) a coisa julgada não pode prejudicar terceiros que não participaram do contraditório; e (iii) a coisa julgada se forma ainda que não tenha havido a participação, mas que esta tenha sido oportunizada às partes, por exemplo, no caso da revelia.”. DOS SANTOS, João Paulo Marques. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações possessórias. In: LOURENÇO, Haroldo; DA SILVA, Larissa Pochmann. *Solução de conflitos e instituições jurídicas*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2018. p. 314.

É possível uma posse injusta ter o caráter de boa-fé. Dos vícios possíveis (violência, clandestinidade e precariedade), não é possível imaginar uma posse de boa-fé originária na violência ou na precariedade. Ao adquirir a posse com o emprego da violência é razoável que se estabeleça que esse possuidor tinha condições de saber que a tomada da posse não estava em conformidade com a boa-fé objetiva, conforme leitura do art. 1.201 do Código Civil. Na posse precária, por se tratar de um abuso de confiança e uma situação em que já havia o domínio antes do esbulho ou turbação, o próprio ato de se manter indevidamente na posse já excede a boa-fé. Portanto, resta o vício da clandestinidade como uma possível posse injusta de boa-fé. *Exempli gratia*, tem-se a situação da aquisição a *non domino*.¹²⁶ Nesse caso, o adquirente acredita adquirir a propriedade, contudo, o faz de quem não tem a capacidade de transmiti-la. Ao ocupar o imóvel, realiza um esbulho ou turbação oculta ao legítimo proprietário, ou, clandestina.

Importante frisar, contudo, que no caso da aquisição a *non domino*, alternativamente à tutela reivindicatória da coisa, o real titular pode buscar a tutela genérica¹²⁷ de indenização pela coisa, especificamente nos casos em que há uma aquisição por terceiro de boa-fé, em conformidade com a teoria da aparência¹²⁸. Responde pelos danos então, nesse caso, o vendedor inapto, desde que haja um erro escusável do terceiro de boa-fé em um negócio jurídico oneroso.¹²⁹

Portanto, a aquisição da posse por via de esbulho ou turbação não interfere em eventual direito de retenção, dado que os vícios originários da posse tão somente significam que a posse é injusta e não necessariamente de má-fé. Para a observação do direito de retenção é necessário que, ocorrido o esbulho ou a turbação, seja verificado se a tença se converteu em posse pelo fim dos atos de clandestinidade, pressupondo essa como a forma em que é possível a boa-fé na posse injusta, e, posteriormente, se havia boa-fé na posse injusta.

¹²⁶ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 29-50, 2013. p. 47-48.

¹²⁷ Ou, a conversão em perdas e danos, conforme: ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 229-230.

¹²⁸ “o uso desta teoria garante a necessária circulação de riquezas, gerando confiança na transferência de bens, posiciona-se em proteção do terceiro, que em decorrência da confiança gerada agiu de boa-fé, publicitando um negócio com titular aparente. Aparência concretizada mediante sua comprovação e da boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, empenhada por parte do contratante ou contratado”. PALÁCIO, Ticiany Gedeon Maciel. *Proteção ao terceiro de boa fé nas aquisições a non domino: estudo comparado Brasil-Portugal*. 2017. 183p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 107.

¹²⁹ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo. O disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 366-367.

1.3. O caráter da posse

O Código Civil dispõe sobre o que é a posse de boa-fé, sendo possível conceituar a de má-fé a *contrariu sensu*. A posse de boa-fé está prevista no art. 1.201 do Código Civil, que expressamente estipula um critério anímico no trecho “se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”. Desse artigo é possível também observar que o *animus* relevante ao Código é o *animus domini*, conforme caracterizado na teoria subjetiva de Savigny, ou seja, a intenção de ser dono, dado que a potencialidade de perda da boa-fé na posse está atrelada a vícios ou obstáculos ligados à aquisição da coisa. O aspecto anímico de ignorância dos vícios também se assemelha a outro aspecto da teoria subjetiva: a *opinio domini*, ou, a crença de ser dono. Conquanto em Savigny essa crença leva à detenção, no Código Civil essa ignorância seria suficiente para, existente a posse, justificar a boa-fé.¹³⁰

Essa regra é semelhante à vista no Direito Romano, que mantém a boa-fé na posse nas situações de “erro escusável”. Nesse sentido: “*La buona fede è la convinzione che nell’appropriarsi la cosa non si va contro il diritto, non si fa torto ad alcuno. Di regola essa si manifesta nel convincimento di avere acquistato la proprietà (opinio domini) [...] La buona fede deve fondarsi sopra un errore scusabile.*”¹³¹

O erro grosseiro (inescusável), por outro lado, é um elemento de exclusão da boa-fé. A culpa grave também é compreendida como uma forma de erro grosseiro. A “exclusão” da boa-fé ocorre, na verdade, pela perda da eficácia da boa-fé, ou seja, independe se existe ou não a boa-fé na ocorrência de erro grosseiro em termos da consciência. Pela falta de cautela e inescusabilidade do comportamento, os efeitos da boa-fé não podem ser considerados no erro.¹³²

A definição de posse no ordenamento brasileiro é feita a *contrario sensu*. Desse modo, “conceitua-se a posse de boa-fé através da ausência de um elemento: a consciência do vício ou do obstáculo que impede a aquisição da coisa.”¹³³. Esse conceito negativo repercute no âmbito probatório, estabelecendo um *onus probandi* exclusivo para aquele que alega a má-fé

¹³⁰ DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *O terceiro de boa-fé. proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 174

¹³¹ “A boa-fé é a crença de que ao se apropriar da coisa você não vai contra a lei, você não prejudica ninguém. Em regra, manifesta-se na convicção de ter adquirido a propriedade (*opinio domini*) [...] A boa-fé deve basear-se num erro escusável.” (Tradução livre). SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio. Diritti reali*. 7. ed. v. 1. Módena: Direzione dell’Archivio Giuridico. 1899. p. 282.

¹³² BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 86.

¹³³ SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 831.

do possuidor, dado que o *status possessionis* do possuidor persiste até ser alterada a *causa possessionis*¹³⁴

Na interpretação do conjunto probatório necessário para a alteração do *status possessionis* há, na teoria jurídica, a teoria psicológica e a teoria ética.

A teoria psicológica preconiza a análise da consciência do possuidor, prescindindo dos elementos da “condição de saber” balizada pelo *bonus pater familiae*^{135,136}. Essa teoria cria problemas no campo probatório ao constituir uma prova diabólica¹³⁷ do tipo da posse baseado na consciência do possuidor.¹³⁸

A teoria ética considera os elementos que a teoria psicológica deixa de lado, tomando por base o “homem médio” para aferir se o possuidor tinha ou não condições de saber se a posse era de má-fé. Em caso de resposta positiva, há uma “prova suficiente” da posse de má-fé.¹³⁹

Para tanto, utiliza dos *standards* de prova^{140,141} para encontrar esse “suficiente” no

¹³⁴ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 80-81.

¹³⁵ “Die verschiedenen Ausdrücke ‘diligens’, ‘bonus’, ‘prudens’, ‘idoneus’ stehen für einen identischen Begriff, für das Verhalten eines Menschen, der die Angelegenheiten mit Umsicht behandelt. [...] Die Bedeutung hing immer von der gesellschaftlichen Auffassung und Beurteilung sowie von dem konkreten Rechtsfall selbst ab.”. “As várias expressões ‘diligens’, ‘bonus’, ‘prudens’, ‘idoneus’ representam um termo idêntico, para o comportamento de um pessoa que trata dos assuntos com prudência. [...] O significado sempre dependeu da percepção e avaliação social, bem como do próprio caso jurídico.” (Tradução livre). MOLNÁR, Imre. *Der Haftungsmassstab des pater familias diligens im römischen Recht*. In: *Vorträge gehalten auf dem 28. deutschen Rechtshistorikertag*. Gerard Noodt Instituut, Nijmegen, pp. 23-31. 1992. p. 29.

¹³⁶ O *bonus pater familiae* do direito civil se assemelha ao termo médio aristotélico, ou, o saber prático, categorizando a virtude *areté* (justiça) em um justo meio (*mesóteses*). Sobre isso: “No que toca à justiça e à injustiça devemos considerar: (1) com que espécie de ações se relacionam a elas; (2) que espécie de meio-termo é a justiça; e (3) entre que extremos o ato justo é intermediário [...]. O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 96-97; 103.

Em mesmo sentido: MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1138; BITTAR, Eduardo C.B.; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo, Atlas. 2019. 140-141; RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental. A filosofia antiga*. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. p. 223-233.

¹³⁷ “A *probatio diabolica* pode estar vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar um fato negativo, mas também à condição de hipossuficiência da parte onerada, em face das peculiaridades da controvérsia posta em causa ou, ainda, simplesmente em face da sua distância quanto ao material probatório”. CARPES, Artur. *O ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 91. Em mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova. o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo. n. 31. 2005. 11-12.

¹³⁸ SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 832-834.

¹³⁹ SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 832-834.

¹⁴⁰ “O direito norte-americano, que muito utiliza a noção de standards probatórios, remete-se, em geral, a três parâmetros distintos: *evidence beyond any reasonable doubt* (evidências além de qualquer dúvida razoável), *preponderance of evidence* (preponderância da evidência) e *clear and convincing evidence* (clara e convincente evidência)” LEMOS, Rafael Diogo; OLIVEIRA JUNIOR, Vicente de Paulo Augusto. Standards probatórios no mandado de segurança—critérios para apreciação da verdade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 1, 2022. p. 1177

¹⁴¹ “Como la convicción –en su variante subjetiva– no informa sobre los grados de corroboración que se obtienen de la prueba rendida, un estándar de prueba adecuado para estos casos es la regla de la probabilidad

procedimento possessório¹⁴². Essa consiste na lógica de que os encargos probatórios não devem ser tão pesados para uma parte que se crie uma dificuldade excessiva para a defesa. O *onus probandi* deve ser regulado pela demonstração razoável do fato, não se pautando pela certeza absoluta, mas pelo que, pelo juízo do *homo medius*, é possível de se assimilar como a verdade provável.¹⁴³

Analisando a boa-fé do possuidor, a teoria ética, em princípio, privilegia a boa-fé objetiva, enquanto a teoria psicológica dá preferência ao conceito de boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva é um dado externo ao sujeito, avaliado por comportamentos e circunstâncias concretas. A boa-fé subjetiva é um elemento interno, da consciência ou crença da legitimidade da conduta. Tomando a boa-fé subjetiva como parâmetro, avalia-se se o sujeito crê que está de acordo com o ordenamento em seu agir.¹⁴⁴

Na análise da boa-fé e má-fé possessória, tomando em conta a teoria ética e psicológica, em realidade nenhuma dessas linhas (boa-fé objetiva e subjetiva) são preconizadas. Na leitura do art. 1.201 do Código Civil é relevante o estado da “crença” do sujeito, dado que o possuidor não pode ignorar os vícios. O relevante, contudo, ao assumir a teoria ética como parâmetro, é que os critérios não podem ser do íntimo psicológico do possuidor, buscando, na verdade, balizas objetivas para o “ignorar os vícios” do art. 1.201 do Código Civil: a boa-fé subjetiva continua sendo relevante, contudo, sendo observada sob uma ótica probatória objetiva, em que não somente os comportamentos do agente são relevantes, mas os elementos circunstanciais que permitem comprovar as condições de saber do possuidor também podem indicar uma alteração da boa-fé.

No caso de justo título há uma presunção da boa-fé em razão do parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil, *juris tantum* em razão da *justa causa possessionis* do possuidor. Nesse caso,

prevaleciente, la cual exige demostrar los hechos con un grado de probabilidad que sea superior a 0,5 (en una escala en donde 0 es ignorancia y 1 es certeza). [...] Con todo, como en un juicio reivindicatorio al demandado se le presume dueño la regla $P > 0,5$ le protege más a él, ya que será el actor quien deberá acreditar que es más probable que él sea el dueño a que lo sea el demandado; esto funciona así porque la regla de la probabilidad prevaleciente acude a la inercia de mantener las cosas tal como están si es que la persona que ejerce la acción no alcanza el umbral de 0,5.” LARROUCAU TORRES, Jorge. Acciones reales y estándares de prueba. In: *Revista Ius et Praxis*, Talca, Año 21, No 2, 2015, pp. 109-160. p. 143-144.

¹⁴² SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 831-833.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 91.

¹⁴⁴ Conforme: DE AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 126, p. 187-234, 2012. p. 190-191; DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 13-16; FERREIRA, Gabriela Macedo. Fraude à execução e os negócios jurídicos imobiliários: a prova da boa-fé do terceiro adquirente no Código de Processo Civil de 2015. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 375-401. p. 397.

não há discussão quanto aos aspectos psicológicos do possuidor. Como a posse foi adquirida em caráter de boa-fé, essa se mantém em mesmo tipo até que haja uma prova de invalidação do título, dadas a interpretação conjunta do art. 1.201 com o art. 1.203. Não basta apenas uma mudança na *opinio domini*, mas é necessário um encargo probatório de cessar a verdade presumida que o justo título, inapto ou não, criou.^{145,146}

O mais adequado, desse modo, parece ser a adoção do critério ético na aferição do *status* da boa-fé na posse. Observando em conjunto os arts. 1.201 e 1.203, o art. 1.268 do Código Civil dispõe sobre a condição de “o alienante se afigurar dono”.¹⁴⁷ Estabelecendo esse critério objetivo, não se predispõe a adentrar na psique do possuidor, mas bastando a conduta do alienante e, assumindo os critérios do *bonus pater familiae* e dos *standards* de prova, encontra-se um regramento mais razoável ao processo do que a busca pelo íntimo momento da consciência do possuidor. Conquanto seja possível assumir como critérios o *animus possidendi* em termos subjetivos, é necessário que, na avaliação processual, estas tenham um cunho mais objetivo, buscando nos comportamentos do agente e nos elementos objetivamente apreciáveis, os elementos de ausência da boa-fé, consciência dos vícios da posse ou a condição desse saber.

Destaca-se, contudo, que o justo título não é exigência para a boa-fé na posse: são realidades jurídicas autônomas.¹⁴⁸ Existindo o justo título tão somente há uma presunção *juris tantum* da boa-fé, dado que esse justo título pode ser inapto proveniente de uma aquisição de posse turbada ou esbulhada. Nesse caso, a boa-fé do possuidor persiste enquanto o justo título conferir qualidade suficiente de possuidor da coisa. De outro modo, inexistindo o justo título igualmente pode estar de boa-fé o possuidor, dadas as circunstâncias e exigências das características de possuidor, tanto a teoria jurídica quanto a legislação civil não preconizam o justo título na avaliação da boa-fé na posse, apenas concedendo um grau probatório mais oneroso a quem porventura queira reverter esse *status* do possuidor.

Relevante mencionar ainda que os obstáculos mencionados no art. 1.201 do Código Civil não devem ser confundidos com a posse justa a que se refere o art. 1.200. Uma posse pode ser justa e não ter o caráter de boa-fé, em razão das características originárias da posse. Apesar de, via de regra, uma posse justa ser uma posse de boa-fé, não há um vínculo entre uma e

¹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96-97.

¹⁴⁶ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 81-83.

¹⁴⁷ ZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 835-836..

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 290.

outra. Os vícios da posse injusta não se confundem nem são inconciliáveis com os elementos necessários da posse de boa-fé, portanto, inexistente uma simetria obrigatória entre a má-fé e a posse injusta oposta à boa-fé e a posse justa.¹⁴⁹ Nesse sentido:

Boa-fé e má-fé derivam de um critério subjetivo [...] e correspondem a um estado de consciência do possuidor. Violência, clandestinidade e precariedade, ao revés, constituem os denominados vícios objetivos, justamente pelo fato de sua existência tornar a posse injusta, independentemente da intenção do possuidor. [...] É o ato objetivamente considerado que determina ser a posse injusta, irrelevante a intenção do possuidor para qualificar o resultado da sua ação.¹⁵⁰

Por essas razões, é fundamental o afastamento da teoria psicológica e da potencialidade de exigência de uma prova diabólica, pois é possível que o réu-possuidor não identifique ou que não seja possível identificar em termos de consciência sua má-fé, sendo apenas possível averiguar essa situação no curso do processo. O relevante, para fins do direito de retenção, é o caráter da posse (boa-fé ou má-fé), e não se a posse é justa.¹⁵¹ Destaca-se como exemplo dessa situação a “aquisição *a non domino*, o caso do terceiro que adquire a posse do esbulhador. Inegavelmente a transmissão da posse nesses termos é um exemplo de aquisição derivada.”¹⁵² Nessa hipótese, por se tratar de uma aquisição derivada¹⁵³, a posse segue, em regra, com as mesmas características do antigo possuidor, ou seja, uma posse de má-fé, ainda que esta má-fé não seja de conhecimento do possuidor em questão.¹⁵⁴

Na legislação romana (*Duodecim Tabulae*) era reconhecida a *possessio* baseada na causa de aquisição, que ignorava a boa-fé do adquirente pela razão da aquisição do bem (*possessor pro emptore*). Dessa forma, o adquirente com posse de má-fé com a *possessor pro emptore* teria posse *ad usucapionem* em razão do título de aquisição, malgrado o tipo da posse.¹⁵⁵ Na legislação brasileira o requisito para a sustentação dessa posse segue a linha de prescindir da boa-fé, exigindo a “não contestação” da posse pelo legítimo possuidor.¹⁵⁶

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 149.

¹⁵⁰ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69-70.

¹⁵¹ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

¹⁵² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Boa-fé e posse injusta. uma análise acerca da independência entre os vícios da posse. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 37, n. 1, p. 24-45, 2013. p. 41-42.

¹⁵³ “É ‘derivada’ a posse quando decorre de transmissão da posse de um sujeito a outro. Há um ato ou negócio jurídico bilateral”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Direitos Reais*. 4. ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2004. p. 91.

¹⁵⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 67.

¹⁵⁵ RUIZ, Armando José Torrent. La posesión: del Derecho Romano al Derecho Civil actual. In: *Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*. p. 339-353. Madrid: Edisofer, 2001. p. 343-344.

¹⁵⁶ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 29-50, 2013. p. 44.

A boa-fé do possuidor, no que tange às benfeitorias, é relevante, dado que o direito de retenção e levantamento das benfeitorias voluptuárias estão atrelados a esse tipo de posse (art. 1.219 do Código Civil). Além disso, o modo de pagamento da indenização das benfeitorias (art. 1.222) e os deveres do possuidor sobre eventuais indenizações sobre a deterioração da coisa (art. 1.217) também são alterados em razão do caráter da posse.¹⁵⁷ Desse modo, em caso de controvertida a boa-fé do possuidor, este perderia o direito à retenção das benfeitorias em relação ao momento em que cessa a boa-fé de sua posse ou, em caso de identificação de má-fé desde o princípio, perde o direito do uso dos embargos de retenção por benfeitorias ou da apresentação dessa via de defesa na contestação, sendo fundamental a determinação do caráter da posse e, em caso de alteração (*interversio possessionis*) do marco temporal em que ocorreu.

1.4. A intersversão da posse de boa-fé em posse de má-fé

A intersversão da posse consiste na mudança da *causa possessionis*, seja modificando o caráter da posse, ou convertendo a *detentio* em posse. O Código Civil prevê a modificação do caráter da posse nos arts. 1.202, 1.203 e 1.208, privilegiando a manutenção do caráter da posse em que foi adquirida. Destaca-se, da *interversio possessionis*, que a conversão da *detentio* em posse é admitida pela teoria jurídica nos casos de posse violenta ou clandestina, não sendo possível a convalidação da posse precária, conforme majoritário entendimento firmado desde o Código Civil de 1916.¹⁵⁸ O Superior Tribunal de Justiça, contudo, não tem jurisprudência firmada no tema da conversibilidade da posse precária, admitindo esta possibilidade em alguns casos e afastando-a em outros.¹⁵⁹ De outro lado, em interpretação histórica e pautada

¹⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 93-94.

¹⁵⁸ Conforme: DE CASTRO, Karina Pinheiro. O convalhecimento da posse precária nas modalidades extraordinárias de usucapião. In: MARCÉN, Ana Gascón; GALLARDO, Aurelio Barrio; BEZERRA, Eudes Vitor; CALVO, Javier Martínez; TAVARES, Silvana Beline. *Direito civil, de família e constitucional e gênero, sexualidades e direito*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 160-161; MOTA, Mauricio; DE AZEVEDO TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 1, p. 249-324, 2013. p. 261; GUEDES, Jefferson Carús. Desapropriação da posse no direito brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 1, n. 1, p. 53-82, 1998. p. 8.

¹⁵⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2051; 2058

no uso socioeconômico da posse, a teoria jurídica assimila a possibilidade da *interversio possessionis* para a posse precária.^{160,161}

A *interversio possessionis* é uma modalidade de aquisição da posse, que se apresenta pautada no agir do agente¹⁶², podendo ocorrer de forma unilateral ou bilateral, ou, em outros termos, por ato próprio ou de terceiro.¹⁶³ Esse agir, na análise da alteração da posse de boa-fé para de má-fé, não está relacionado propriamente a um *animus*, mas a uma *opinio domini* que regula a ação de possuidor.¹⁶⁴ O *animus* determina a existência da posse. Aqui, o relevante é a *opinio domini* do tipo da posse.

A modificação da *opinio domini* e, por conseguinte, da *causa possessionis*, na forma bilateral se dá pela realização de negócio jurídico entre as partes, em comum acordo entre o possuidor direto e o indireto. A modalidade unilateral ocorre com a mudança da *opinio domini* do agente sem a interferência ou participação do possuidor indireto ou proprietário, situação que “ocorre a partir do momento em que o possuidor direto rompe ilicitamente a relação jurídica que deu causa à aquisição da sua posse, transformando-a de uma subordinada a uma posse insubordinada.”¹⁶⁵.

Nos casos em que a *interversio possessionis* convalida a tença em posse (*i.e.*, nos casos de posse violenta, clandestina ou precária) há, de fato, uma relevância maior do *animus* em oposição à *opinio domini*, dado que inexistente posse em um primeiro momento e para a conversão é necessário que os elementos essenciais da posse estejam presentes, sendo um deles o *animus domini*.

Na hipótese da *interversio possessionis* na modalidade unilateral, há de se destacar o debate sobre o momento em que a *detentio* é convertida em posse. A perda da posse pelo possuidor e, por conseguinte, a *interversio possessionis* se dá em conformidade com a previsão do art.

¹⁶⁰ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2069.

¹⁶¹ DE CASTRO, Karina Pinheiro. O convalidamento da posse precária nas modalidades extraordinárias de usucapião. In: MARCÉN, Ana Gascón; GALLARDO, Aurelio Barrio; BEZERRA, Eudes Vitor; CALVO, Javier Martínez; TAVARES, Silvana Beline. *Direito civil, de família e constitucional e gênero, sexualidades e direito*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 175-176.

¹⁶² “o possuidor se apropria da coisa ao transmutar a forma como age em relação a ela, a partir de circunstâncias valoradas e referenciadas socialmente”. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião entre herdeiros como consectária da função social da posse e da propriedade. *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, v. 13, n. 30, 2021. p. 256.

¹⁶³ DOS SANTOS, Jose Augusto Lourenço. A transformação da posse precária em posse Ad usucapionem pela inversão do título da posse. *Revista Jurídica*, v. 60, n. 412, 2012. p. 12-13.

¹⁶⁴ VAN RENSBURG, A. D. J.; VAN DER MERWE, C. G. Die aard van Besit en Die Animuselement Daarvan. *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, v. 41, p. 113-130, 1978. p. 113.

¹⁶⁵ DE CASTRO, Karina Pinheiro. O convalidamento da posse precária nas modalidades extraordinárias de usucapião. In: MARCÉN, Ana Gascón; GALLARDO, Aurelio Barrio; BEZERRA, Eudes Vitor; CALVO, Javier Martínez; TAVARES, Silvana Beline. *Direito civil, de família e constitucional e gênero, sexualidades e direito*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 168.

1.224 c/c o art. 1.208, que prescrevem que a posse é perdida quando, cessados os atos de violência ou clandestinidade, o legítimo possuidor nada faz para retomar a coisa após tomar ciência do esbulho.

Nesse sentido, o momento em que o possuidor tinha condições de reaver a coisa, em termos de conhecimento do fato e dever de diligência com a coisa e não o fez seria o momento da conversão da posse, desde que inexistam atos de violência ou clandestinidade.¹⁶⁶. Destaca-se, contudo, que a ciência mencionada pelo Código Civil deve ser compreendida “como possibilidade de vir a ter conhecimento dentro do padrão de diligência e cuidado com as coisas que se espera do *bonus pater familiae* (homem médio). A diligência que se espera de um proprietário é o cuidado para com sua coisa, o interesse pelo que ocorre nela.”¹⁶⁷

A precariedade, por outro lado, tem uma situação distinta: “o jus possidendi se converterá em tença, que somente após o fim da exigibilidade prestacional do negócio jurídico é que se tornará em *jus possessionis* (com caráter *ad usucapionem*)”¹⁶⁸. Não significa, contudo, que há uma prescrição dos interditos possessórios, mas, na realidade, um efeito prescricional para o convalhecimento da tença precária em posse, provocando a *interversio possessionis* e fazendo surgir a posse *ad usucapionem* para o precarista. O prazo para essa “prescrição” é de cinco anos quando existir um instrumento público ou particular que represente o negócio jurídico, em interpretação extensiva do art. 206, §5º, inciso I, do Código Civil, ou de dez anos na ausência do instrumento, seguindo a regra do prazo geral da prescrição, conforme o art. 205 do Código Civil.¹⁶⁹

Parece adequada esta compreensão do momento de conversão da posse precária: em se tratando de uma situação de descumprimento prestacional (dever de entrega do bem após o fim do contrato), a situação vislumbrada equivale ao fim da *vi aut clam*, com o prazo razoável para busca das proteções da posse (diligências razoáveis do *bonus pater familiae*).

Sobre a conversão da posse de boa-fé em posse de má-fé, é relevante antes observar o debate da *vis inertiae* nas teorias de Savigny e Ihering, para identificar o marco do fim da posse.

¹⁶⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem* pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2049.

¹⁶⁷ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem* pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2049.

¹⁶⁸ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem* pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2055.

¹⁶⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela *interversio possessionis* da tença precária em posse *ad usucapionem* pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021. p. 2055-256.

Conforme Ihering, o fim da posse não pode ser marcado por um *actum in contrarium*, ou seja, o estado de possuidor não pode perdurar até que esse seja alterado pela identificação da ausência de vontade¹⁷⁰. Isso é relevante na observação da *interversio possessionis*, especificamente tendo em mente o direito de retenção, pois o marco temporal de conversão da posse assumindo uma ou outra teoria mudará.

Assumindo a teoria da *vis inertiae* como aplicável no Código Civil, a decisão sobre a *interversio possessionis* terá caráter constitutivo e, sendo assim, não terá a capacidade de efeitos *ex tunc* sobre a posse de boa-fé. Em termos práticos, as benfeitorias realizadas pelo possuidor até o momento da decisão que inverta a posse seguirão sendo avaliadas como benfeitorias realizadas por possuidor de boa-fé, resguardados os direitos dos arts. 1.210-1.222 do Código Civil.

Por outro lado, ao seguir a teoria de Ihering, que afasta a *vis inertiae*, compreender-se-ia que do momento da ausência dos requisitos haveria a perda da posse e, por conseguinte, o reconhecimento da *interversio possessionis*. Nessa linha, prescinde-se de um ato para que ocorra a perda da posse, tendo a decisão o caráter declaratório, capaz de efeitos *ex tunc* em relação à posse: ou seja, retroagirá do momento da identificação da perda dos requisitos de possuidor (*corpus e animus* ou *affectio tenendi*) e desde o momento em que ausentes esses requisitos as benfeitorias não são passíveis do direito de retenção, conforme o art. 1.219 do Código Civil.

Em interpretação do art. 1.202, que regula a conversão da posse de boa-fé, é possível identificar que essa apenas perde o caráter no “momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”. Essa leitura se alinha ao pensamento de Ihering sobre a perda da posse, malgrado tenha sido identificada a adoção, em regra geral, da teoria de Savigny no Código Civil. Ao estabelecer um “momento” em que seja possível presumir um estado do possuidor, o Código Civil afasta a exigência de um *actum in contrarium*. Em outro sentido, ainda alinhado à teoria de Ihering, releva ao código a *causa possessionis*.^{171,172}. Enquanto o *animus possidendi* ignorar os vícios da posse, essa é de boa-fé. No momento em que há a mudança da *causa possessionis* pela alteração na *opinio domini* ou do *animus* do possuidor, a depender de qual é a situação da inversão da posse, ocorre a *interversio possessionis*.

¹⁷⁰ IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 157-158

¹⁷¹ MOTA, Mauricio; DE AZEVEDO TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 1, p. 249-324, 2013. p. 261.

¹⁷² SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A usucapião entre herdeiros como consectária da função social da posse e da propriedade. *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, v. 13, n. 30, 2021. p. 256.

O marco estabelecido pelo Código Civil não é de uma constituição da *interversio possessionis* por decisão, mas de declaração por reconhecimento da alteração das circunstâncias fáticas. Conquanto pareça que as circunstâncias estão no campo da subjetividade ao tratar de um estado de ignorância do agente, esse deve ser medido da mesma forma que a *affectio tenendi* de Ihering: por critérios objetivos. No Direito Civil pode ser aferido pelas condutas esperadas do *bonus pater familiae*, além das circunstâncias objetivamente analisáveis, tal qual, *e.g.*, a intimação judicial ou extrajudicial, as decisões processuais, o encerramento do contrato nos casos de comodato e locação.

O Código Civil não é expreso ao determinar o marco temporal da *interversio possessionis*. Há substancial debate na teoria jurídica sobre os momentos de conversão da posse, com linha teórica que defende a interpretação conforme a Constituição da República de 1988, em que a propositura da ação seria o marco objetivo da inversão da posse, e, em oposição, teoria que sustenta que a contestação seria o momento mais adequado em razão da possibilidade de a *interversio possessionis* operar para modificação do tipo da posse de boa-fé para má-fé e vice-versa, não tendo como ter certeza se o possuidor estará no polo passivo da ação.¹⁷³

Destaca-se, contudo, que pela lógica do afastamento da *vis inertiae*, assumindo as métricas do *bonus pater familiae* como régua da inversão da posse, as circunstâncias exemplificadas devem ser consideradas como exemplos possíveis, dado que “nem sempre há colidência entre citação e má-fé do possuidor, pois o possuidor pode permanecer na crença de que sua posse é a melhor, refutando os argumentos da parte adversa.”¹⁷⁴. Nas circunstâncias em que há, *e.g.*, um justo título ineficaz, não é razoável esperar do réu-possuidor que a intimação ou a contestação (ou mesmo algum evento pretérito) consubstanciem o requisito das circunstâncias que “façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente” do art. 1.202 do Código Civil. O aspecto anímico que se aponta coaduna com essa ressalva da divergência do início processual e a má-fé do possuidor, dado que, pela teoria de Ihering do fim da posse, mais relevante é a consideração dos aspectos fáticos, que podem variar a depender das peculiaridades do caso, a tentar considerar um marco fixo não adotado pela legislação tanto material quanto processual civil. Assim:

Somente a análise do caso concreto que revelará a transmutação da posse, sendo certo que a citação, e a retroação de efeitos à distribuição da ação, formam indícios relevantes da alteração do caráter da posse, mas devem ser avaliados conforme os

¹⁷³ SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 842-843.

¹⁷⁴ SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 843.

demais elementos de prova constantes dos autos, aliados às circunstâncias pessoais do possuidor, para que se possa extrair se a posse foi transformada ou não.¹⁷⁵

Portanto, parece a mais adequada interpretação do momento da *interversio possessionis* a teoria de Ihering do afastamento da *vis inertiae* do fim da posse aplicada a inversão da posse. Considerada a lógica do fim da posse para Ihering no âmbito do cessamento do tipo da posse tem-se que essa se dá em razão da alteração da *causa possessionis*, prescindindo o *actum in contrarium* para a ocorrência do ato. Os momentos processuais ou extrajudiciais da relação entre os possuidores na relação debatida podem servir de marco de conversão, contudo, os marcos não são estanques tanto por não serem legalmente previstos na legislação material ou processual civil quanto por não ser possível dessas extrair interpretação que fixe um marco.

O marco temporal deve ser analisado no caso sob a ótica do art. 1.202, considerando o aspecto anímico do possuidor e o quesito fático da alteração da *causa possessionis*, que pode se dar antes do início da relação processual, com a citação, contestação ou em alguma decisão do processo. Como consequência da assunção da teoria de Ihering sobre a *vis inertiae* na *interversio possessionis*, a decisão sobre a inversão do caráter da posse teria eficácia *ex tunc*, dado que ao identificar uma alteração da *causa possessionis* anterior à sentença, e pautada em um elemento fático que se modificou, a decisão que inverte o caráter possessório tem o condão de fazê-lo desde o momento em que findou a boa-fé do possuidor (*interversio possessionis* da posse de boa-fé) ou que há o fim da posse de má-fé (*interversio possessionis* da posse de má-fé).

A interpretação do Superior Tribunal de Justiça se alinha a essa visão de alteração da *causa possessionis*, ou seja, de reconhecimento da eficácia *ex tunc* da *interversio possessionis*. Em uma decisão monocrática em Agravo em Recurso Especial de 2018 (nº 1.341.026 - RJ), de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, ocorreu debate sobre o que constitui causa suficiente de alteração da *causa possessionis* e, analisando a decisão, é possível observar o alinhamento à teoria de Ihering sobre a *vis inertiae*.

O caso tratava de uma ação de despejo por falta de pagamento em contrato verbal de locação de imóvel, em que foi reconhecida a inadimplência da ré por revelia, bem como foi verificado em depoimento pessoal. A ré apresentou o Recurso Especial visando o reconhecimento da inversão da posse, com argumento centrado na tese de que a inadimplência do contrato seria suficiente para a demonstração da modificação do *animus* e da *causa possessionis*. O Superior

¹⁷⁵ SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021. p. 843.

Tribunal de Justiça decidiu em sentido contrário a essa tese, mantendo a decisão em sede de agravo, conforme:

A caracterização da inversão da posse demanda prova robusta a respeito do *animus domini*, ou seja, do comportamento do indivíduo de tal forma que demonstre de forma inequívoca a pretensão dominial, não deixando dúvidas de que passou a possuir o bem com ânimo de dono. Em outras palavras, há de haver ato claro de oposição ao possuidor indireto, o que não restou caracterizado nos autos. A mera inadimplência contratual não tem o condão de modificar o caráter da posse.¹⁷⁶

Pelo decidido, é possível observar que há consideração pelo *animus domini* na *interservio possessionis* e, pela análise feita na decisão, o comportamento do possuidor é o relevante para a inversão do caráter possessório. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça delimita critérios de “suficiência” nesse comportamento de intervenção. No caso apresentado, o inadimplemento contratual não é suficiente para que a *detentio* se torne posse, sendo necessário um “comportamento inequívoco” de pretensão dominial, ou, fazendo um paralelo com as teorias possessórias, a *affectio tenendi* de Ihering. A aparência de dono não se caracteriza pela inadimplência contratual, mas pelo exercício dos direitos de proprietário e possuidor (arts. 1.196 e 1.228 do Código Civil).

Assim, o termo *a quo* da *interservio possessionis* seria essa inequívoca alteração anímica do possuidor ou da *causa possessionis*, na linha da teoria de Ihering sobre a *vis inertiae*. Na inversão da posse de boa-fé, por exemplo, em um caso em que há a venda a *non domino*, a alteração da *causa possessionis* ocorre com o cessar da boa-fé do possuidor, que deve ser avaliada por marco inequívoco e objetivo. Desse momento em diante, o possuidor está em posse de má-fé.

À posse de má fé não é assegurado o direito de retenção, bem como não há o direito de indenização para as benfeitorias úteis ou voluptuárias nem há o direito de levantamento das benfeitorias voluptuárias (arts. 1.219 e 1.220 do Código Civil). Essa visão positivada no *Codex* era de acepção distinta no histórico da relação da má-fé vs. retenção. Historicamente, a retenção era concedida aos possuidores de má-fé, bem como aos precários, em leitura balizada na legislatura francesa do século XX.¹⁷⁷ Contudo, a legislação brasileira segue a diretriz romana sobre o direito de retenção, que trata “diversamente os dois possuidores, no intuito de repelir e condenar o ato ilícito do possuidor de má-fé”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial. nº 1.341.026 - RJ,, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05/10/2018.

¹⁷⁷ LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1995. p. 50-51.

¹⁷⁸ LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1995. p. 26.

Assim, a consequência da *interversio possessionis* para o direito de retenção é justamente a relação com o direito de indenização, retenção e levantamento das benfeitorias, visto que, conforme os arts. 1.219 e 1.220 do Código Civil, apenas tem o direito de retenção o possuidor de boa-fé. Portanto, no caso de ocorrência da interservação da posse, o direito de retenção apenas poderia ser alegado em relação às benfeitorias necessárias e úteis do período em que a posse foi de boa-fé. Destaca-se, contudo, que a má-fé na posse é causa para inexistência dos direitos relativos às benfeitorias úteis e voluptuárias e o direito de retenção quanto a necessária, contudo, não obsta ao possuidor de boa-fé o direito de retenção quanto ao que realizou de benfeitorias enquanto possuidor de boa-fé, ainda que tenha ocorrido a *interversio possessionis*.

O que se observa nos embargos de retenção por benfeitoria é a boa-fé no momento da realização das benfeitorias. Em hipótese de ocorrência da *interversio possessionis* da posse de boa-fé para posse de má-fé o possuidor ainda guarda o direito de retenção sobre as benfeitorias que fez enquanto possuidor de boa-fé.

Supondo, nessa hipótese de *interversio possessionis* de boa-fé para má-fé, que o possuidor tenha feito benfeitorias necessárias e úteis tanto como possuidor de boa-fé quanto de má-fé. Sobre as benfeitorias úteis e necessárias que fez como possuidor de boa-fé terá o direito de retenção, conforme o art. 1.219 do Código Civil. Ainda que se defenda com os embargos de retenção por benfeitorias como possuidor de má-fé terá o direito de reter a posse em razão de ter realizado as benfeitorias como possuidor de boa-fé. Sobre as benfeitorias necessárias que fez como possuidor de má-fé apenas terá direito à indenização, conforme o art. 1.220 do Código Civil. Sobre as benfeitorias úteis que fez como possuidor de má-fé não terá qualquer direito, conforme o art. 1.220 do Código Civil.

A distinção prática do exemplo é relevante em razão do §6º do art. 917 do Código de Processo Civil, visto que para a imissão na posse o proprietário apenas precisará prestar caução dos valores correspondentes ao que o possuidor tiver direito de retenção. Ou seja, no exemplo, do que fez como possuidor de boa-fé. Portanto, nos casos de *interversio possessionis*, não há a perda do direito de retenção, desde que alguma benfeitoria útil ou necessária tenha sido feita enquanto possuidor de boa-fé. O que pode ser perdido é o direito referente ao que se fez enquanto possuidor de boa-fé, seja o direito de indenização (benfeitorias úteis e voluptuárias) ou o direito de retenção (benfeitorias necessárias).

O direito de retenção perdido na *interversio possessionis* altera a caução a ser prestada para a imissão na posse prevista no §6º do art. 917 do Código de Processo Civil. Assim, a propositura da defesa pelo direito de retenção, seja na contestação no processo de

conhecimento ou via embargos de retenção por benfeitorias, não tem como requisito a boa-fé do possuidor, mas sim o direito de retenção tem essa exigência. Dessa forma, ainda que ocorrida a *interversio possessionis* e em atual posse de má-fé, guarda o direito de retenção o possuidor em relação às benfeitorias que fez o possuidor enquanto tinha posse de boa-fé. O mesmo vale para a interversão da posse de má-fé para posse de boa-fé: o período de posse de má-fé não terá a proteção do direito de retenção, porém, a simples existência desse período não impede o uso da defesa da retenção no processo de conhecimento ou na execução.

2 OS DIREITOS E DEVERES DOS ARTS. 1.219 E 1.220 DO CÓDIGO CIVIL

2.1. As benfeitorias e sua classificação

Os arts. 96 e 97 do Código Civil classificam as benfeitorias como necessárias, úteis e voluptuárias. As benfeitorias são bens acessórios que consistem em obras cuja finalidade é de conservação (necessárias), melhoramento (úteis) ou embelezamento (voluptuárias) de um bem principal. O valor das benfeitorias é aferido pelo melhoramento que dá à coisa (valor da benfeitoria).¹⁷⁹ A indenização é necessária em relação ao possuidor de boa-fé para todas as benfeitorias, em razão da vedação ao enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, “as necessárias teriam mesmo de ser feitas, as úteis conferem proveito ao reivindicante. As voluptuárias são de mero deleite ou recreio e não aumentam o uso habitual da coisa”¹⁸⁰. As benfeitorias necessárias, ainda, correspondem tanto ao que se faz necessário para a proteção da incolumidade física da coisa quanto para a manutenção da integridade jurídica do bem.¹⁸¹

Assim, as benfeitorias voluptuárias são as benfeitorias de luxo e agradabilidade, ou, as que trazem comodidade ao bem. Essas em nada alteram a utilidade ou usabilidade da coisa, mas apenas embelezam ou trazem luxuosidade ao bem. As benfeitorias úteis, por outro lado, aumentam ou facilitam o uso da coisa. As benfeitorias necessárias são as essenciais para a conservação física ou jurídica do bem principal. Servem ainda para evitar a deterioração da coisa.¹⁸²

É pertinente o destaque de que as benfeitorias podem variar em classificação como úteis, necessárias ou voluptuárias, a depender do bem principal em referência. Ou seja, é fundamental analisar a destinação, utilidade e localização do bem principal na avaliação da classificação de uma benfeitoria, pois uma mesma obra pode ser necessária para um bem principal e útil ou voluptuária para outro. Com uma escola como bem principal, por exemplo, uma piscina pode ser classificada como benfeitoria útil, enquanto em uma casa residencial uma piscina de mesmas dimensões seria uma benfeitoria voluptuária. Por outro lado, em um clube de natação essa benfeitoria poderia ser classificada como necessária.¹⁸³

¹⁷⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 394-396.

¹⁸⁰ BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 101.

¹⁸¹ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 98.

¹⁸² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 289.

¹⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 211.

Nesse sentido, na análise da classificação das benfeitorias e o direito do possuidor em relação à benfeitoria, há de se analisar a benfeitoria e o bem principal quanto às suas conexões e a relação jurídica da qual a posse deriva. Quanto à relação da benfeitoria e a coisa, na verificação do tipo da benfeitoria, devem ser considerados os costumes, hábitos da localidade, bem como os aspectos físicos, geográficos e econômicos da região da coisa principal. Sobre a relação jurídica, há a possibilidade de se tratar de uma benfeitoria necessária ou útil, contudo, em razão da forma de obtenção da posse, a retenção é legalmente vedada, a exemplo do contrato de comodato, que apenas prevê o direito de indenização.¹⁸⁴

A classificação das benfeitorias é atinente para a definição dos direitos do possuidor sobre o regime de compensações e indenizações, conforme os arts. 1.214 a 1.222 do Código Civil. Conforme a regra do *Codex*, as benfeitorias necessárias e úteis conferem ao possuidor de boa-fé o direito de retenção, enquanto as benfeitorias voluptuárias podem ser levantadas, desde que sem prejuízo à coisa, ou, garantem a indenização quando o levantamento não se faz possível. Ao possuidor de má-fé se atribui apenas o direito à indenização para as benfeitorias necessárias.¹⁸⁵

Destaca-se, ainda, a diferenciação no modo de cálculo da indenização em relação ao possuidor de boa-fé e de má-fé, conforme o art. 1.222 do Código Civil. Ao possuidor de boa-fé é guardado o direito de indenização pelo valor atual das benfeitorias, enquanto a indenização para o possuidor de má-fé poderá ser calculada pelo valor atual ou pelo valor de custo, à escolha daquele que pretende reaver a posse.

Esse direito de escolha do reivindicante é um direito potestativo, que decorre do fato de o possuidor de má-fé ter direito à indenização das benfeitorias necessárias em razão da vedação do enriquecimento sem causa. Portanto, não se faz a análise do *quantum* da valorização da coisa (valor atual), mas do efetivo dispêndio do possuidor na realização das benfeitorias.¹⁸⁶

Quanto ao possuidor de boa-fé, há, além do direito de indenização, o direito de retenção e de levantamento. A indenização para o possuidor de boa-fé cabe para as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, enquanto a retenção apenas para as necessárias e úteis. O direito de levantamento cabe apenas para as voluptuárias desde que sem prejuízo à coisa.

¹⁸⁴ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

¹⁸⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 174.

¹⁸⁶ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial: REsp 1613645 / MG, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Data do Julgamento: 08/08/2017.

A retenção é uma modalidade de defesa processual, que pode ser exercida pelo possuidor das seguintes formas^{187,188}:

i) na via de embargos de retenção por benfeitorias na fase executória (art. 917, IV do Código de Processo Civil); ou

ii) ou na fase de conhecimento do processo em contestação ou na primeira oportunidade de manifestação caso posterior à contestação por via de petição simples (arts. 498 e 538 do Código de Processo Civil).

Essa modalidade de defesa concede ao possuidor o direito de “continuar a deter a coisa alheia, mantendo-a em seu poder até ser indenizado pelo crédito, que se origina, via de regra, das benfeitorias”¹⁸⁹.

É o *ius retentionis* do possuidor, correlacionado à equidade. Para este ser exercido, alguns requisitos precisam ser consubstanciados: “a) detenção legítima da coisa que se tenha obrigação de restituir; b) crédito do retentor, exigível; c) relação de conexidade; e d) inexistência de exclusão convencional ou legal do seu exercício.”¹⁹⁰.

Nas benfeitorias voluptuárias, percebe-se um elemento distinto: o levantamento (*jus tollendi*). Este consiste no direito de se manter com as benfeitorias voluptuárias, levando-as consigo após a perda da posse, desde que este levantamento não cause danos ao bem principal, caso o reivindicante não pague a justa indenização. Fica então a cargo do reivindicante se manter com as benfeitorias voluptuárias que puderem ser levantadas, pagando a indenização, e resta ao possuidor o direito de levantá-las caso o pagamento não ocorra.¹⁹¹

O *jus tollendi* surgiu ligado às servidões no Direito Romano, sob a perspectiva de que havia o direito de remoção das servidões quando não havia mais proveito ou utilidade na servidão formada.¹⁹² A concepção de utilidade da servidão consiste na existência de uma vantagem, seja de comodidade ou de adorno, ao bem que serve.¹⁹³ O “não causar danos” que se exige no levantamento das benfeitorias voluptuárias corresponde à regra de remoção das servidões (art.

¹⁸⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 498-499.

¹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 773-775.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. ob cit, p. 212.

¹⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. ob cit, pp. 213-214.

¹⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. ob cit, p. 211.

¹⁹² MENCKE, Gottfried Ludwig. *Exercitatio inauguralis qua non dari servitutem altius tollendi contenditur eademque occasione de ratione aedificiorum Romanorum disseritur praeside*. literis Viduae Gerdesiae, 1724. p. 27-29.

¹⁹³ VEIGA JUNIOR, Didimo Agapito da. *As servidões reais. Estudo de direito civil*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1887. p. 6.

1.384, Código Civil), visto a partilha histórica do *jus tollendi*. Essa regra consiste na vedação a qualquer prejuízo ou diminuição das vantagens da coisa^{194,195}, seja no aspecto físico (danos estruturais), patrimonial ou estético.

As benfeitorias não apenas compreendem os melhoramentos e modificações visualmente verificáveis, mas, ainda, as despesas (*impensae*) com a coisa que, conquanto “não se materializam em obras [...], igualmente concorrem para a conservação, melhoria ou afroseamento e tanto podem realizar-se na coisa móvel quanto imóvel”¹⁹⁶. Essas despesas correspondem inclusive ao pagamento de tributos devidos em razão da coisa, correspondendo a benfeitorias necessárias as despesas de natureza tributária, a que faria jus tanto o possuidor de boa-fé quanto o adquirente a *non domino* ao direito de retenção sobre tais despesas.¹⁹⁷

2.2. Direito de retenção

O direito de retenção existe desde o Direito Romano e consiste na possibilidade de reter a coisa própria ou de outrem a quem fosse obrigado a entregar, até satisfeitos os créditos do retentor contra o proprietário da coisa retida¹⁹⁸. A retenção surgiu no Direito Romano a partir do processo *per formulas*, pela utilização da *exceptio doli* como ferramenta jurídica para garantia do direito de retenção, até o efetivo surgimento do *jus retentionis* por via do princípio da equidade.¹⁹⁹

Uma situação típica da aplicação da *exceptio doli* foi a *retentio propter impensas*, que tinha a função de impedir que o autor da reivindicação pudesse recuperar a coisa reivindicada sem que satisfizesse as despesas necessárias realizadas pelo possuidor de boa-fé. O que se desenvolveu frente a esse aspecto, sob a perspectiva da equidade, é de que não caberia ao retentor a satisfação dessas despesas, de modo que caberia ao *bodae fidae possessor* a retenção da coisa reivindicada, independentemente do direito do proprietário em reavê-la, até que ressarcidos os gastos realizados com a coisa.²⁰⁰

¹⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. ob cit. p. 474-475.

¹⁹⁵ ASSIS ZANINI, Leonardo Estevam de; OLIVEIRA, Celso Maran de. Breves considerações sobre as servidões prediais no Código Civil de 2002. *Revista de Derecho Privado*, n. 37, p. 339-360, 2019. p. 355-356.

¹⁹⁶ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97-98.

¹⁹⁷ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 98.

¹⁹⁸ SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio. Diritti reali*. 7. ed. v. 1. Módena: Direzione dell'Archivio Giuridico. 1899. p. 235.

¹⁹⁹ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

²⁰⁰ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.

No Brasil, o aparecimento do Direito de Retenção se deu desde a independência brasileira, em que se manteve o mesmo regramento vigente em Portugal, similar ao que se tinha no Direito Romano em que a regra era a excepcionalidade do direito de retenção. A norma, contida nas Ordenações Filipinas (Livro 4, Título 54, §1º), estabelecia²⁰¹: “E se o que recebeu a coisa emprestada, alugada, ou arrendada, fez nella algumas despesas necessarias, ou proveitosas, poderá reter em si a dita cousa, até que lhe seja paga a despesa, que nella fez” (*sic*)²⁰²

No Brasil, a alteração do conceito de retenção da perspectiva romana se deu no Código de Comércio de 1850 (Lei nº 556/1850)²⁰³, que introduziu a denominada hipoteca tácita, concedendo ao retentor privilégio sobre o preço da venda. Ademais, o decreto nº 737/1850 estabeleceu o procedimento de oposição do direito de retenção ao criar, em sede de execução de ações reais, a possibilidade de oposição de embargos de retenção por benfeitorias.^{204,205}

Contudo, na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, o direito de retenção teve sua abrangência restrita.²⁰⁶ Ainda que o conceito de retenção siga o mesmo (art. 507)²⁰⁷, estabeleceu limites ao locatário e ao comodatário, não admitindo a oposição do direito de retenção nos casos de despejo (art. 670)²⁰⁸.

No Código Civil de 1916, o direito de retenção tomou feições mais próximas da que se tem hoje, dispondo o Código sobre o tema nos arts. 516, 772, 873, 1.199, 1.279, 1.283 e 1.315. Além disso, passou a ser verificada a retenção nos casos contratuais, nas situações da *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 1.092, 1.130 e 1.131).²⁰⁹

²⁰¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 87.

²⁰² ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro IV. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p848.htm>>.

²⁰³ Conquanto o Código de Comércio de 1850 não tenha substituído em totalidade a legislação civil vigente à época (Ordenações Filipinas - vigente até o Código Civil de 1916), teve a função de inovar em matéria civil e preencher lacunas normativas. Conforme: ESTRELLA, Hernani. O Código Comercial no Século. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 1, n. 3, 1951. p. 166.

²⁰⁴ Art. 579. São admissíveis na execução das acções reaes os seguintes embargos: § 3.º De retenção de hemfeitorias. (*sic*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>.

²⁰⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 87-88.

²⁰⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 88.

²⁰⁷ “Art. 507. Pode somente retêr a cousa emprestada, se com ella fez despezas necessárias, ou úteis, até que seja indemnizado” (*sic*) FREITAS, Augusto Teixeira de. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1945. p. 296.

²⁰⁸ “Art. 670. Nestes casos de despejo não se admite opposição suspensiva do inquilino, ainda mesmo lendo feito bemfeitorias autorisadas pelo senhorio” (*sic*) FREITAS, Augusto Teixeira de. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1945. p. 381.

²⁰⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 93.

No Código Civil de 2002, o direito de retenção encontra-se previsto no art. 1.219, que estabelece o direito de retenção do possuidor de boa-fé para as benfeitorias necessárias e úteis.²¹⁰

A retenção consiste em uma “faculdade assegurada ao credor [...] de *continuar a deter a coisa a outrem devida* até ser satisfeita ou ficar extinta, uma obrigação existente para com ele”²¹¹. Nos termos dos arts. 1.219 e 1.220, tem direito à retenção o possuidor de boa-fé que tiver realizado benfeitorias úteis ou necessárias na coisa, à exceção dos casos específicos que seguem ou a legislação especial (ex.: locação) ou de contratos que não permitem o direito de retenção (ex.: comodato). Portanto, observam-se os seguintes elementos para a existência do direito de retenção: *i*) posse de boa-fé do pretense retentor; *ii*) realização de benfeitorias úteis ou necessárias pelo possuidor; *iii*) determinação legal de devolução da coisa em posse do pretense retentor para o proprietário; *iv*) crédito do pretense retentor relativo às benfeitorias com o proprietário.

O direito de retenção encontra limites em seu exercício, não permitindo, por exemplo, o uso ou o usufruto da coisa enquanto retida. A retenção é um direito de guarda da coisa, não abrangendo o uso. Nesse sentido, em voto de relatoria da Min. Nancy Andrighi em Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que:

O possuidor de boa-fé tem o direito de detenção sobre a coisa, não sendo obrigado a devolvê-la até que seu crédito seja satisfeito, mas não pode se utilizar dela ou perceber seus frutos. Reter uma coisa, não equivale a servir-se dela. O uso da coisa retida constitui abuso, gerando o dever de indenizar os prejuízos como se aluguel houvesse.

[...]

A doutrina estrangeira discute qual o melhor remédio jurídico para que se sancione essa retenção irregular, abusiva ou ilícita. Há quem defenda que o uso do bem retido põe fim ao direito de retenção e, em consequência, o proprietário devedor passa a ter direito à imediata restituição do bem. Outros doutrinadores defendem, no entanto, o seqüestro e depósito judicial.

A solução mais coerente com o sistema legal brasileiro é, no entanto, a que se apresenta nestes autos. A retenção abusiva não põe fim ao direito de crédito dos retentores, não põe fim à sua garantia, mas gera o dever de indenizar o proprietário como se aluguel houvesse. Assim, afigura-se justo que o recorrente deva pagar pelas acessões introduzidas, de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os recorridos sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado, a título de aluguel, pelo uso do imóvel. Os créditos recíprocos haverão de ser compensados de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os recorridos tenham tido com o uso da propriedade alheia.²¹²

²¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 912-913.

²¹¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 101.

²¹² Recurso Especial nº 613.387 - MG (2003/0216722-7), Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data de Julgamento: 02/10/2008.

A guarda da coisa pelo retentor equivale ao depósito da coisa²¹³. Desse modo, o retentor é possuidor da coisa retida, guardando os direitos da posse (art. 1.196 do Código Civil), fazendo jus ao manejo dos interditos possessórios em caso de turbação ou esbulho, seja contra terceiro ou até mesmo em face do legítimo proprietário, enquanto não paga a indenização relativa às benfeitorias realizadas na coisa. Destaca-se, contudo, que é vedado ao retentor o uso ou o usufruto da coisa. É possuidor de boa-fé enquanto figurar como depositário. Porém, caso passe a utilizar a coisa, é necessário o pagamento de aluguéis ao legítimo proprietário em razão do uso²¹⁴.

Além disso, observando o art. 1.202 do Código Civil, passa a ser possuidor de má-fé da coisa retida, o que implica na existência apenas do direito de indenização pelas benfeitorias necessárias na forma do art. 1.222 *ab ovo*. Por outro lado, para o possuidor de boa-fé (hipótese do retentor depositário), há os direitos do art. 1.219, bem como o cálculo da indenização pelas benfeitorias conforme o art. 1.222 *in fine*. Relevante o destaque pois enquanto depositário o retentor deve conservar a coisa, realizando, portanto, as benfeitorias necessárias atinentes a manutenção da coisa retida.

Outro elemento relevante a ser destacado é a questão das despesas ordinárias de manutenção. No contrato de comodato já há a previsão de vedação do ressarcimento das despesas com a coisa (art. 584 do Código Civil). Na locação, essa obrigação é prevista no art. 23 da Lei 8.245/1991.²¹⁵ Ainda que não haja essa previsão expressa para todos os casos em que há uma realização de obra, não há de se confundir uma benfeitoria com uma simples despesa com a coisa.

Essa seria a lógica de proporcionalidade no direito de retenção. Não faria jus à retenção o possuidor que apenas gastou com despesas ordinárias na coisa. Não se coaduna tanto com os fundamentos jurídicos do direito de retenção uma proteção que limita ao proprietário o acesso à coisa por qualquer despesa que o possuidor tenha feito.²¹⁶

A natureza do direito de retenção é debatida pela teoria jurídica, com corrente que sustenta se tratar de direito pessoal e corrente distinta que sustenta se tratar de direito real.

²¹³ “Depósito é o ato pelo qual uma pessoa recebe, temporariamente, um bem móvel alheio com obrigação de guardá-lo e restituí-lo. Trata-se de uma obrigação de custódia e se perfaz com a entrega da coisa.” ANDRIGHI, Fatima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 585-599. 2003. p. 586.

²¹⁴ Recurso Especial nº 1.854.120 - PR (2019/0377679-1), Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data de Julgamento: 09/02/2021.

²¹⁵ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 110.

²¹⁶ ZWITSER, Richard. El derecho de retención en el nuevo Código civil holandés. *Revista de Derecho Privado*, n. 2, p. 89-109, 2002. p. 96-97.

O argumento para sustentar a natureza de direito pessoal se alinha, observando o Código Civil, em leitura do art. 1.225, que dispõe em rol taxativo²¹⁷ quais são os direitos reais identificados pelo *Codex*, não existindo no dispositivo o direito de retenção. Ademais, a admissão de um direito real não identificado no rol do art. 1.225 configuraria uma afronta ao sistema de publicidade dos direitos reais, bem como não é um direito que se coaduna com alguns dos elementos dos direitos reais, tal qual a oponibilidade *erga omnes* e o direito de sequela. Em argumento histórico, a tradição romana identifica o direito de retenção como de natureza pessoal.²¹⁸

Ainda na linha do direito de retenção como direito pessoal, há corrente que diverge apenas quanto ao aspecto da oponibilidade *erga omnes* da retenção, identificando a natureza como pessoal, contudo, divergindo quanto ao aspecto da oponibilidade. De acordo com essa linha teórica, é fundamental a existência da oponibilidade *erga omnes* no direito de retenção para evitar os atos de simulação entre o real proprietário e um terceiro com a finalidade de escapar a restrição da retenção.²¹⁹

A corrente que sustenta a retenção como direito real tem como representante Arnaldo Medeiros da Fonseca, que sustenta como argumento fundamental para a identificação do direito de retenção como um direito real o modo de transmissão da propriedade, que, no art. 676 do Código Civil de 1916 dispunha que os direitos reais só seriam adquiridos mediante a transcrição, ressalvado os casos expressos no *Codex*. O referido dispositivo encontra correspondente direto no art. 1.227 do Código Civil de 2002. Desse modo, para Arnaldo Medeiros da Fonseca, o direito de retenção seria uma hipótese dessa “exceção”.²²⁰ Em outro sentido, caberia argumento sobre a não taxatividade do rol do art. 1.225 do Código Civil.²²¹

Contudo, não parece adequada a teoria de identificação do direito de retenção como direito real. Ainda que persista no ordenamento o art. 1.227, referente ao art. 676 do Código Civil de 1916, o trecho final do dispositivo estabelece que as ressalvas apenas são admissíveis nos casos “expressos neste Código”. Em leitura dos arts. 1.219 e 1.220 que dispõem sobre o direito de retenção não há menção sobre uma exceção ao modo de transmissão de um eventual

²¹⁷ CARDOSO, Patricia Silva. Os direitos reais e a Lei n. 11.481/07: reflexões sobre a funcionalização do regime da propriedade pública. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 1, p. 404-432, 2016. p. 405.

²¹⁸ CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro: proposta de sistematização*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 23-24.

²¹⁹ CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro: proposta de sistematização*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 29-30.

²²⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 260-261.

²²¹ STAFFEN, Márcio Ricardo; DE TARSO BRANDÃO, Paulo. Multipropriedade: entre a realidade e os direitos reais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 6, n. 2, p. 442-455, 2011. p. 444; 450.

direito real ou uma natureza do direito de retenção, de modo que não há como tratar o caso como uma situação “expressa” no Código.

De outro lado, já admitindo o direito de retenção como de natureza pessoal, verifica-se como mais adequada a corrente que reconhece a oponibilidade *erga omnes*. O fundamento de evitar situações de simulação não se sustenta como fundamento teórico ou prático. O Código Civil já encontra previsão de vedação à simulação no art. 167, tratando-o como nulo. Desse modo, o remédio jurídico adequado para esse caso não é alterar a natureza jurídica da retenção, mas aplicar as ferramentas existentes no direito civil para solucionar eventuais problemas práticos que venham a surgir no caso concreto. Contudo, mesmo em casos em que não há a simulação a retenção deve prevalecer contra qualquer terceiro adquirente a fim de assegurar a finalidade da retenção como direito de garantia.^{222,223}

O direito de retenção é um direito acessório de garantia, indivisível, dado que para a restituição da coisa é indispensável o adimplemento integral do crédito, não cabendo, pela própria natureza, a divisão do direito ou do crédito. Pressupõe, por natureza, a existência de um crédito a ser assegurado. É um direito transmissível, ativa ou passivamente, a título universal ou singular, posto que o direito não se relaciona à pessoa, mas sim ao crédito. Por ser direito acessório, sua transmissão é condicionada à transmissão do crédito garantido.²²⁴

O direito de retenção tem dúplice função no ordenamento, operando tanto como elemento coercitivo quanto de garantia. Na face coercitiva, tem função de agir para compelir o devedor a adimplir com sua obrigação de forma voluntária, motivado pelo interesse de reaver a coisa. Com a função de garantia, assegura ao retentor um maior grau de certeza de que irá receber os valores referentes às indenizações das benfeitorias, visto que restringe a posse do proprietário enquanto as indenizações não forem pagas.²²⁵

Em observação do histórico do direito de retenção, tem-se por base os fundamentos jurídicos: *i*) da equidade; *ii*) da vontade presumida; *iii*) da vedação ao enriquecimento sem causa; *iv*) da igualdade entre as partes; *v*) e da aplicação da justiça privada.²²⁶

A “equidade” é um conceito amplo na jusfilosofia²²⁷, e, observando seu significado como fundamento do direito de retenção tem-se que não corresponde ao *fairness* de Rawls²²⁸, mas,

²²² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 253-254.

²²³ CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. Direito de retenção no direito brasileiro: proposta de sistematização. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 30-32.

²²⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 262-266.

²²⁵ CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. Direito de retenção no direito brasileiro: proposta de sistematização. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 75.

²²⁶ LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995. p. 29.

²²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo, 1998. p. 96

²²⁸ “John Rawls formulou sua “Teoria da Justiça como Equidade” baseado na defesa da idéia de justiça procedimental a partir de um contrato social. Para a eleição dos princípios que regularão a sociedade, Rawls

se aproxima mais à concepção aristotélica de equidade (*epieikeia*)²²⁹. No surgimento do *jus retentionis* no Direito Romano a *aequitas* operava diretamente na funcionalização da retenção para o possuidor, visto que, conforme a lógica da *jus strictum*, inexistia via de defesa correspondente à retenção, salvo a *exceptio doli*. Criou-se, então, uma medida excepcional para proteção do possuidor, reconhecendo-lhe o direito de retenção e criando essa garantia. Nesse sentido, “a ação do pretor, sob a égide da *aequitas*, foi, na realidade, contrariar os preceitos do *jus strictum*, não só com a força de simples interpretação, mas criando um novo direito – *jus praetorium*”.²³⁰

A equidade tem como baliza a vedação ao enriquecimento ilícito, objetivando a inversão do ônus do tempo para o proprietário em privilégio ao credor retentor. Por um lado, o retentor tem a obrigação da entrega da coisa ao proprietário, contudo, tem o direito de receber os valores referentes às benfeitorias realizadas na coisa. Sem o bem, não guarda garantias referentes ao crédito que tem com o proprietário. Com a retenção, cria-se uma conexão entre as prestações, proporcionando uma garantia de satisfação do crédito, na esteira do princípio geral do direito “*suum cuique tribuere*”²³¹,²³²

Quanto ao segundo fundamento, o elemento da vontade presumida das partes opera como fundamento da retenção, contudo, não para todos os casos, visto que apenas serve para as situações em que o proprietário conhecesse da posse e das benfeitorias realizadas pelo possuidor. Essa situação corresponderia à retenção nos casos em que existe entre as partes

propõe um momento decisório inicial hipotético denominado “Posição Original”, na qual pessoas, atrás de um véu de ignorância, por desconhecerem as posições religiosas ou morais de si mesmas e dos outros, escolheriam princípios de justiça para governar as estruturas básicas da sociedade, assemelhado às assembléias imaginárias das teorias clássicas do contrato social. Os parceiros devem pôr-se de acordo sobre certos princípios de justiça a partir de uma curta lista de escolhas possíveis propostas pela tradição da filosofia moral e política, fixando o conteúdo dos termos equitativos da cooperação para as pessoas assim concebidas. O único princípio prévio a ser aceito pelas partes na posição original é o da igualdade de liberdade de consciência”. SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 178, 2008. p. 339.

²²⁹CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle's Conception of Equity (Epieikeia). *Notre Dame Law Review*, v. 18, n. 2, 1942. p. 119-120.

²³⁰LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995. p. 29-31.

²³¹“Ulpiano probabilmente la deriva [la definizione] da Aristotele, dal nesso aristotelico di giustizia (*dikaion*) e proporzione (*analogia*), e in particolare dalla trattazione della giustizia che attiene alle relazioni sociali (*synallagma*), alle relazioni di scambio volontarie e involontarie, la giustizia retta dalla proporzione matematica. Il *ius suum* della definizione ulpiana è indicativo di una posizione giuridica, e in questo senso di una ‘spettanza’, di un ‘dovuto’ che può avere contenuto di beneficio o di danno, di risarcimento o di pena. E’ nel riconoscimento giuridico di una tale ‘spettanza’ che Ulpiano individua l’essenza della giustizia.”. Em tradução livre: “Ulpiano provavelmente a deriva [a definição] de Aristóteles, do nexa aristotélico de justiça (*dikaion*) e proporção (*analogia*), e em particular do tratamento da justiça que pertence às relações sociais (*synallagma*), às relações de trocas voluntárias e involuntárias, a justiça regida pela proporção matemática. O *ius suum* da definição ulpiana é um indicativo de uma posição jurídica e, nesse sentido, de um ‘direito’, de um ‘dever’ que pode ter conteúdo de benefício ou dano, indenização ou penalidade. É no reconhecimento jurídico de tal ‘direito’ que Ulpiano identifica a essência da justiça.”. JELLAMO, Anna. Alle radici del principio suum cuique tribuere. *Revista Hypnos*, n. 23, 2009. p. 246.

²³²FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 147-148.

uma relação contratual, correlacionando a retenção com a *exceptio non adimpleti contractus*.^{233,234}

Os embargos de retenção por benfeitorias também podem ser propostos quando por fundamento da *exceptio non adimpleti contractus*, observando o regime jurídico do direito obrigacional e os requisitos do art. 1.219, ou seja, a posse e a boa-fé.²³⁵ A *exceptio non adimpleti contractus* exige como requisitos o sinalagma contratual²³⁶, a contemporaneidade das pretensões do contrato (exigibilidade) e a ocorrência do inadimplemento por parte do credor.^{237,238}

Originalmente, o direito de retenção era coligado à vedação ao enriquecimento sem causa pela função que ocupava no Direito Romano. Visto que inexistia forma de proposição específica da defesa relativa às benfeitorias salvo a *exceptio doli*, a *aequitas* se estruturou como justificativa para criação do direito de retenção visando a impedir situação em que o proprietário pudesse receber a coisa se abstendo de indenizar o possuidor. Nessa percepção de não pagamento das indenizações, ocorreria situação de enriquecimento sem causa para o proprietário, que se beneficiaria das benfeitorias sem a adequada compensação ao possuidor. Contudo, na acepção contemporânea do direito de retenção e propriamente da indenização relativa às benfeitorias, não é adequada a correlação do enriquecimento ilícito como fundamento jurídico do direito de retenção.²³⁹

Verifica-se, dessa forma, pois, o direito de retenção e o próprio direito de indenização encontram limites em razão do caráter da posse: o possuidor de má-fé não tem o direito de retenção para qualquer dos tipos de benfeitoria, enquanto a indenização cabe apenas nos casos de benfeitorias necessárias. Essa determinação legal (arts. 1.219 e 1.220 do Código Civil) demonstra que a maior relevância é dada ao caráter da posse, obstando direitos ao possuidor de má-fé, do que visando as garantias que cerrem um eventual enriquecimento sem causa. Dá-se, dessa forma, pois a compreensão de enriquecimento sem causa no Código Civil atual é de que esse apenas ocorreria, em hipótese do possuidor de má-fé, no caso de o proprietário se abster de indenizar o possuidor das benfeitorias necessárias. Para o possuidor de boa-fé, a

²³³ LIMA, Alvinio. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995. p. 35.

²³⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 142-143.

²³⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019. p. 19-21.

²³⁶ ERNST, Wolfgang. Die Vorgeschichte der *exceptio non adimpleti contractus* im römischen Recht bis Justinian. *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*. Berlin, 1998. p. 2-5.

²³⁷ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. 2019. 239p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 220-221.

²³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos*. v. 4. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 573-574.

²³⁹ LIMA, Alvinio. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995. p. 30-31; 36-37.

indenização é cabível para todos os tipos de benfeitoria, enquanto o direito de retenção é válido para os casos das benfeitorias necessárias e úteis²⁴⁰. Desse modo, verifica-se o enriquecimento ilícito relacionado mais à indenização que ao direito de retenção, que opera atualmente mais como garantia, visto que, ainda que inexistente, pode não obstar a indenização em si, não afetando um eventual enriquecimento sem causa.

A teoria da igualdade entre as partes se conecta também com a teoria da equidade, no sentido de:

Entregue ao proprietário a coisa, ficaria este em posição de superioridade, ao passo que o possuidor teria de suportar todos os ônus de uma demanda para receber a indenização que lhe tivesse sido concedida. Esta desigualdade, indo de encontro à equidade, não poderia ter agasalho na lei.

[...] deve o possuidor, com a mais forte razão, gozar o direito de repelir, com a exceção jurídica, a pretensão injusta de quem, desejando privá-lo do uso da coisa, não cumpre a obrigação correlativa de satisfazer o seu débito.²⁴¹

Por outro lado, adentrado na teoria da aplicação da justiça privada, identifica-se que o direito de retenção se forma originalmente como uma ação legitimada da *pignoratío privata*²⁴². Seria então uma forma de “justiça privada, subsidiária, defensiva, admitida pela lei, em virtude da necessidade imperiosa de acautelar, de um modo absoluto e mais pronto, o direito violado ou ameaçado de violação, na impossibilidade de o fazer por melhor processo defensivo”²⁴³. O caráter “privado” da justiça se dá em razão do modo de execução da retenção, que, antes da procedimentalização da defesa do direito de retenção seria admissível ainda que inexistente via processual, tal qual inexistente à época do Direito Romano.

Malgrado esse tenha sido um fundamento do direito de retenção, dado sua origem histórica, desde o século XIX já há previsão de ferramentas jurídicas processuais no Direito Brasileiro para proteção do direito de retenção, não coadunando a lógica da *pignoratío privata* legitimada com o que se encontra no direito de retenção e seu regramento processual, constando no Código de Processo Civil de 2015 na via dos embargos de retenção por benfeitorias no art. 917 e admissível em contestação em processo de conhecimento que versar sobre entrega de coisa (art. 538 do Código de Processo Civil).

Verifica-se, portanto, que alguns dos fundamentos jurídicos identificados ao longo do tempo para o direito de retenção não mais fazem sentido na análise do regramento processual e material do direito de retenção. Contudo, em alguns desses fundamentos é possível observar um desenvolvimento teórico que permite uma melhor compreensão normativa do direito de

²⁴⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 83.

²⁴¹ LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995. p. 38-39.

²⁴² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 32-33.

²⁴³ LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995. p. 39-40.

retenção, especialmente considerando que no *Codex* inexistia ampla normatização dos direitos e deveres do retentor, bem como a extensão do próprio direito de retenção.

2.3. Especificidades no direito de retenção: Comodato, locação e *exceptio non adimpleti contractus*

2.3.1. Comodato e locação

As benfeitorias não seguem a regra geral dos arts. 1.214 a 1.222 do Código Civil para todas as relações jurídicas. Há especificidades, a exemplo, do que na posse advinda de contrato de locação e comodato. No comodato²⁴⁴, inexistia previsão da retenção ou do direito de levantamento, cabendo apenas a indenização para as benfeitorias necessárias²⁴⁵. Pela própria natureza do contrato de comodato não caberia algo além da indenização pelas benfeitorias necessárias. Por se tratar de um contrato unilateral e gratuito²⁴⁶, não há razão de realização de benfeitorias úteis ou voluptuárias na coisa, mas somente as necessárias, a que, pela gratuidade do contrato, corresponderia apenas o direito de indenização como cabível. Essa é a situação de vedação legal da retenção ou levantamento em razão da forma de obtenção da posse: conquanto a benfeitoria seja identificada e classificada como necessária, útil ou voluptuária, por exceção à regra do Código Civil, inexistia o direito de retenção ou levantamento, *in casu*, pela natureza do comodato.²⁴⁷

Na locação o regime de compensações e indenizações segue a regra dos arts. 35 e 36 da Lei nº 8.245/1991, que dispõe:

Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

²⁴⁴ “Il comodato è quel contratto reale per cui uno dei contraenti (*comodante*) consegna all’altro (*comodatario*) una cosa, affinché se ne serva gratuitamente per un tempo o uso determinato, coll’obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. [...] L’uso dev’essere gratuito. Se il comodatario si obbligasse ad un corrispettivo, il contratto muterebbe natura: sarebbe cioè o una locazione o un contratto innominato.”. Em tradução livre: “O comodato é um contrato real pelo qual um dos contratantes (*comodante*) entrega ao outro (*comodatário*) uma coisa, para que ele possa utilizá-la gratuitamente por tempo ou uso determinado, com a obrigação de devolver a mesma coisa recebida. [...] O uso deve ser livre. Se o comodatário se obrigasse a uma contraprestação, o contrato mudaria de natureza: seria uma locação ou um contrato sem nome.”. SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di Diritto Romano comparato al diritto civile patrio*. 7.ed. v. 2. Módena: Direzione dell’Archivio Giuridico, 1899. p. 118-119.

²⁴⁵ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial nº 1.535.820 - ES (2019/0194877-4), de relatoria do Min. Marco Buzzi (19/09/2019) e no Recurso Especial nº 1.599.285 - PR (2016/0109159-7) de relatoria do Min. Marco Buzzi (03/08/2020).

²⁴⁶ SCAGLIONE, Francesco. *Il comodato*. Giuffrè Editore, 2011. p. 11-16.

²⁴⁷ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101; 122.

Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

Assim, na locação, as benfeitorias necessárias independem de autorização do locador para garantirem ao possuidor o direito de indenização e retenção. As benfeitorias úteis, por outro lado, conquanto mantenham o direito de retenção e indenização, exigem comunicação ao locador e autorização para manter esse direito. As benfeitorias voluptuárias, diferentemente do regramento do Código Civil, não guardam o direito de indenização, contudo, mantém a possibilidade de levantamento, desde que sem prejuízo à coisa.

Há de se destacar quanto ao caso da locação que é facultado às partes a negociação sobre esse regramento, conforme o próprio art. 35 da Lei nº 8.245/1991, *in fine*, e o entendimento da Súmula nº 335 do Superior Tribunal de Justiça: “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.”.

Destaca-se, contudo, o enunciado da V Jornada de Direito Civil sobre o tema, que no Enunciado 433 apresentou um entendimento teórico de exceção à renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção nos contratos de locação no caso dos contratos de adesão^{248,249} Pertinente destacar que, apesar de ser entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça de não haver relação de consumo no contrato de locação, pela relação de hipossuficiência do locatário frente à imobiliárias, a relação que ocorre no contrato de locação é, via de regra, firmada por contrato de adesão.^{250,251}

Em outro sentido, é possível identificar vedação à renúncia do direito de indenização e retenção pelo locatário pela perspectiva da abusividade da cláusula contratual. O ato abusivo no contrato consiste em:

O ato deverá ser considerado abusivo se uma das partes contratar no propósito de causar prejuízo à outra ou, ao menos, de alcançar um benefício injusto, porque,

²⁴⁸ “Assim, os contratos de adesão são caracterizados pela *uniformidade*, *predeterminação* ou *predisposição unilateral*, e *rigidez* ou *inalterabilidade*, com *generalidade* e *abstratividade*, que se consubstanciam no *modo objetivamente idôneo de atingir sua finalidade*, sendo que o simples fato de haver *predisposição* de cláusulas ou condições não significa que o contrato de adesão seja, *só por isso*, ‘abusivo’; pode ou não ser abusivo, como pode ou não ser aceitável pelo direito”. RODOVALHO, Thiago. *Cláusula arbitral nos contratos de adesão: contratos de adesão de consumo—contratos de adesão civis—contratos de adesão empresariais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 44.

²⁴⁹ “A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão.”

²⁵⁰ “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação regido pela Lei 8.245/1991, porquanto, além de fazerem parte de microssistemas distintos do âmbito normativo do direito privado, as relações jurídicas não possuem os traços característicos da relação de consumo, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990’.”. AgInt no AREsp 1147805/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017.

²⁵¹ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BASAN, Arthur Pinheiro. A imobiliária enquanto fornecedora de serviços na locação residencial. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 24, n. 132, p. 119-142, 2022. p. 138.

então, a liberdade de contratar será desviada de sua finalidade legítima e exercida antifuncionalmente.²⁵²

Nesse sentido, observa-se o art. 23, III, da Lei nº 8.245/1991, que preconiza o dever do locatário de “restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal”. Percebe-se dessa disposição sobre a restituição apresenta um dever de realização das benfeitorias necessárias por parte do locatário durante a vigência do contrato de locação²⁵³ e, observando o regramento da vedação ao enriquecimento ilícito do Código Civil (art. 884), seria abusiva a cláusula em contrato de adesão no âmbito da locação que previsse a renúncia do direito de indenização e retenção para o locatário, tanto por dele retirar o ressarcimento dos custos que teve com as benfeitorias (indenização) quanto a garantia que o *Codex* prescreve para que possa recebê-la (retenção). Em se tratando de contrato firmado com paridade entre as partes, inexistente óbice, contudo, em lógica de hipossuficiência de um contratante, a cláusula se apresenta no contexto de “cláusula injusta/abusiva”.²⁵⁴

Contudo, observando a via dos negócios jurídicos processuais a perspectiva do direito de retenção, ainda que não proposta cláusula excluindo a retenção ou ainda que nula essa cláusula por figurar em contrato de adesão, é facultado às partes a realização de negócio jurídico processual para renúncia da retenção em etapa processual.^{255,256}

Nos contratos de locação, ainda, as benfeitorias realizadas (acréscimos voluntários) podem ter sua indenização antecipada, ocorrendo por via do abatimento no valor do aluguel. Destaca-se que esses acréscimos realizados são computados nos reajustes do preço do aluguel, visto que a realização de benfeitorias pode impactar no valor patrimonial do imóvel, de modo que uma eventual revisão do aluguel deveria refletir esse acréscimo no valor patrimonial.²⁵⁷

A própria contabilização do valor do imóvel para fins de tributação, *e.g.*, do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), seguem a regra de consideração do valor venal do imóvel/valor de mercado, com a

²⁵² BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 127.

²⁵³ LOPES, Miguel Maria Serpa. *Fonte das obrigações. Contratos*. v. 4. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 57-58.

²⁵⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contrato de adesão e cláusulas abusivas. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 352-360. p. 358-359.

²⁵⁵ ANTOLINI, Daniela Salhenaves; SELL, Cleiton Lixieski; HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol. A (in) possibilidade de indenização decorrente da realização de benfeitorias em imóveis urbanos locados e o direito de retenção. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, v. 2, n. 2, 2014. p. 8.

²⁵⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019. p. 6.

²⁵⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 174-175.

observação das benfeitorias realizadas e qualificações da construção.²⁵⁸ Assim, ocorrida a realização de acréscimos, é facultado às partes a negociação sobre o momento da indenização, podendo antecipar para desde a realização das benfeitorias ou acessões por via do abatimento do aluguel. Nesse caso, por já ter o locador adimplido com a indenização, não há que se falar em direito de retenção por parte do locatário, visto que inexistente mais valor a receber. Igualmente, é direito do locador buscar o reajuste do aluguel frente aos acréscimos feitos desde que haja o aumento do valor patrimonial do imóvel.

Contudo, destaca-se que nem todas as despesas e obras são classificadas como benfeitorias, ainda que de certa sorte essenciais ou “necessárias” para a manutenção da coisa, não sendo portanto, hábeis para gerar o direito de retenção. Há a figura das despesas ordinárias, tal qual “pequenos reparos em partes externas de instalações hidráulicas ou elétricas, mais a obrigação, desde que prevista em contrato, de pagar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, bem como as taxas municipais relativas ao prédio locado.”²⁵⁹. Assim, é necessário verificar, além do elemento da necessidade, o fato de ser propriamente uma benfeitoria ou apenas uma despesa ordinária do locatário, situação em que não seria possível vislumbrar o direito de retenção.

2.3.2. *A exceptio non adimpleti contractus como direito de retenção*

A *exceptio non adimpleti contractus* surgiu como uma forma provisória de coerção do devedor, oponível nos casos de contratos sinalagmáticos de modo a garantir uma reciprocidade às partes, diminuindo os riscos da insolvência do devedor. A interpretação da teoria jurídica sobre a *exceptio non adimpleti contractus* e o direito de retenção se dividia, a exemplo, compreendendo: que ambos seriam direitos equânimes; distintos; ou coexistentes como aspectos de um mesmo fato jurídico.²⁶⁰

A teoria que entende a *exceptio non adimpleti contractus* e o direito de retenção como equânimes sustenta que: *i*) inexistiria regra impeditiva de retenção quanto aos casos em que a inexecução afeta uma retenção de coisa corpórea; *ii*) a conexidade objetiva dos institutos; *iii*) formas de defesa do credor para garantia do adimplemento. Quanto a esse último ponto, há

²⁵⁸ Nesse sentido, tem-se, a exemplo: o art. 13 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 15/2001; o REsp 1.937.821 (STJ - Tema 1.113); a Consulta Tributária 6.268/2015 da Secretaria Estadual da Fazenda do Estado de São Paulo; o art. 10 da Lei Estadual nº 10.011 do Espírito Santo; e os arts. 7º e 8º da Lei Municipal nº 4.476 de 1997 de Vitória/ES.

²⁵⁹ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 112.

²⁶⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 122-136.

uma exceção feita pela teoria de que, conquanto seja possível pela *exceptio non adimpleti contractus*, para que fosse uma forma de retenção, não poderia ser o objetivo do credor a detenção definitiva do bem. Seriam, portanto, equânimes e complementares, cabendo tanto a *exceptio non adimpleti contractus*, ou, para casos em que essa não fosse possível, ainda haveria a retenção como forma de defesa (e.g., os casos de simultaneidade de execução de obrigações recíprocas).²⁶¹

A corrente que compreende a absoluta distinção identifica que:

o direito de retenção, fundado sobre o *debitum cum re junctum*, e a exceção de inadimplemento, fundada sobre a correção de obrigações recíprocas, não se confundem, apesar da semelhança de seu mecanismo, tratando-se de dois meios vizinhos, mas distintos pelo princípio que devem sancionar.²⁶²

Em outra linha, na teoria de Ramponi, a *exceptio non adimpleti contractus* e o direito de retenção seriam figuras jurídicas diversas cuja concorrência, contudo, não excluiria a possibilidade da existência concomitante do direito de retenção e da *exceptio*. Nesse sentido, se o objetivo do credor com a *exceptio non adimpleti contractus* for de constranger a outra parte ao pagamento, poderia haver a retenção.²⁶³

A teoria de Ramponi parece a mais adequada para a compreensão da *exceptio non adimpleti contractus* e do direito de retenção na sistemática do Código Civil. Em leitura dos arts. 1.219 e 1.220, os requisitos da retenção são a posse de boa-fé e a existência de benfeitoria útil ou necessária. Para a ocorrência da *exceptio non adimpleti contractus* exige-se o contrato sinalagmático, a ordem normal de execução das prestações não modificadas, exceção de inexecução e a boa-fé.^{264,265}

Observando esses requisitos, não há o impedimento da existência da retenção no caso da *exceptio non adimpleti contractus*, desde que observadas as regras e exigências do direito de retenção. Nesse caso, seria possível a aplicação do regramento processual da retenção. Nesse sentido: “Tal vez, podríamos concluir diciendo que el derecho de retención es diferente de la *exceptio non adimpleti contractus* pero que ésta puede llevar consigo incorporado — si su titular decide ejercerla — un derecho de retención sobre el bien objeto de la oposición”.²⁶⁶

²⁶¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 126-128.

²⁶² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 129-130.

²⁶³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944. p. 132-133.

²⁶⁴ LOPES, Miguel Maria Serpa. *Fonte das obrigações. Contratos*. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 142-143.

²⁶⁵ BESSONE, Darcy. *Do contrato. Teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense. 1987. p. 259.

²⁶⁶ HIERRO, José Manuel Fernández. La ‘*exceptio non adimpleti contractus*’. *Estudios de Deusto*, v. 43, n. 2, p. 71-89, 1995. p. 79.

A *exceptio non adimpleti contractus* tem diferenças para o direito de retenção como posto no direito civil, visto que exige uma relação sinalagmática para a caracterização, inexistência de previsão de afastamento dos efeitos mediante a prestação de garantias e aplicabilidade a qualquer prestação, independente de sua natureza, em oposição a retenção que se restringe às coisas.²⁶⁷ Outro elemento se dá na possibilidade de na *exceptio non adimpleti contractus* o credor pleitear a detenção definitiva da coisa, enquanto a retenção apenas guarda o caráter dilatório de guarda. Essas diferenças criam uma menor possibilidade de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* se comparada ao direito de retenção.²⁶⁸

Ocorre que, ainda que em algum momento proceda o credor à detenção definitiva do bem, essa não seria uma questão relativa ao direito de retenção, visto que ambos não devem ser confundidos, na perspectiva de Ramponi. Coexistem e, caso podem ser aplicados ao mesmo caso caso o regramento de ambos permita. As consequências relativas à *exceptio non adimpleti contractus* (detenção definitiva) se dá quando completamente infrutífera a proposta da retenção. Por outro lado, a impossibilidade de afastamento da detenção da coisa na *exceptio non adimpleti contractus* com a admissão do direito de retenção nessa modalidade não seria questão visto que o regramento processual da retenção (art. 917, §6º, Código de Processo Civil) poderia ser aplicado à retenção na *exceptio non adimpleti contractus*.

A *exceptio non adimpleti contractus* não deve ser confundida, para fins do direito de retenção, com o inadimplemento antecipado. O inadimplemento antecipado ocorre por razões da vontade do devedor (recusa no cumprimento) ou por impossibilidade do devedor cumprir a obrigação. A *exceptio non adimpleti contractus*, por outro lado, se dá em razão de um descumprimento que parte de um polo do contrato, que cria a exceção de descumprimento (e o direito de retenção) para a outra.²⁶⁹

A *exceptio non adimpleti contractus* admite ocorrência ainda no descumprimento parcial da obrigação do contrato, ocorrendo da forma da *exceptio non rite adimpleti contractus*²⁷⁰. É

²⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. O Direito de Retenção por Benfeitorias no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 18, 2000. p. 148-149.

²⁶⁸ CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro: proposta de sistematização*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 61.

²⁶⁹ MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento Antecipado: Perspectivas para sua aplicação no Direito Brasileiro. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011. p. 438-445.

²⁷⁰ HIERRO, José Manuel Fernández. La «exceptio non adimpleti contractus». *Estudios de Deusto*, v. 43, n. 2, p. 71-89, 1995. p. 77.

fundada na objeção obrigacional *tu quoque*²⁷¹. A contemporaneidade do inadimplemento é essencial para a justificativa da *exceptio non adimpleti contractus*.²⁷²

Portanto, os embargos de retenção por benfeitorias podem ser propostos na situação da *exceptio non adimpleti contractus*, observando o regime jurídico do direito obrigacional e as suas exigências^{273,274}, bem como os requisitos do art. 1.219, ou seja, a posse e a boa-fé e a existência de benfeitorias úteis ou necessárias.²⁷⁵

²⁷¹ “O conceito jurídico do *tu quoque* expressa que ‘aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu’. Aplicado à realidade contratual, indica que aquela pessoa que não é fial ao contrato não pode deduzir qualquer direito da violação do mesmo perpetrada pela parte contrária”. PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011. p. 186.

²⁷² PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011. p. 188.

²⁷³ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. 2019. 239p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 220-221.

²⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos*. v. 4. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 573-574.

²⁷⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019. p. 19-21.

3 OS EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS: CARACTERIZAÇÃO E PROCEDIMENTO

3.1. Definição dos embargos de retenção por benfeitorias

Os embargos de retenção por benfeitorias²⁷⁶ são uma espécie de embargos à execução, e estão previstos no art. 917, IV, do Código de Processo Civil, e constituem uma modalidade de defesa impeditiva contra execução para entrega de coisa certa, que vedará a obrigação do executado que tem o direito de retenção até que haja a indenização pelas benfeitorias realizadas no bem. essa forma de defesa é apresentada no processo de execução (título executivo extrajudicial). Destaca-se que os embargos não possuem efeito suspensivo *ex lege* (art. 919 do Código de Processo Civil)²⁷⁷, mas a própria natureza da retenção veda a execução da sentença por impossibilitar a entrega da coisa, operando como efeito suspensivo, conforme o art. 810 do Código de Processo Civil.²⁷⁸

O direito de retenção só pode ser alegado pelo possuidor de boa-fé sobre as benfeitorias necessárias e úteis.²⁷⁹ Essa limitação é em relação ao direito material, e não ao estado atual do caráter da posse do possuidor, ou seja, o possuidor de má-fé, caso tenha sido possuidor de boa-fé em determinado momento e tenha feito benfeitorias úteis (caso da *interversio possessionis* em venda a *non domino*, por exemplo), não existe impedimento para o uso da defesa dos embargos de retenção por benfeitorias em relação às benfeitorias que fez enquanto possuidor de boa-fé e o reconhecimento de período de boa-fé durante a execução não retiram o direito de retenção das benfeitorias que fez no período em que era possuidor de boa-fé.

O relevante como requisito para os embargos de retenção é o direito de retenção e, para o direito de retenção não é a posse de boa-fé ininterrupta até a defesa, mas, a realização de

²⁷⁶ “Trata-se de hipótese tão recorrente na praxis brasileira que já se convencionou denominar de ‘embargos de retenção por benfeitorias’ o instrumento processual relativo à específica ocorrência de retenção”. SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *civilistica. com*, v. 6, n. 2, p. 1-25, 2017. p. 9. Importante registrar também que após a reforma na execução promovida pela Lei nº 11.382/2006 o termo passou a constar no Código de Processo Civil de 1973 (art. 745, §1º), persistindo no atual *Codex* processual (art. 917, §5º).

²⁷⁷ Destaca-se que nos embargos do devedor sobre matéria imobiliária, o efeito suspensivo dos embargos nem sempre se deu dessa forma. Na legislação processual pretérita ao Código de Processo Civil de 1973 havia a possibilidade de suspensão da eficácia executiva na execução em imóveis desde que os embargos fossem apresentados em até trinta dias da notificação da execução. Caso apresentados em prazo diverso, o efeito suspensivo poderia ser concedido em caso de comprovação de motivo relevante (“motivos graves”). LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 233.

²⁷⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268-269; 272.

²⁷⁹ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. 2016. 322p. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 70; 272-273; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 212-215.

benfeitorias úteis ou necessárias enquanto possuidor de boa-fé. Independe, para isso, a alteração do caráter da posse em momento anterior ou posterior à realização das benfeitorias em debate judicial.

O prazo para interposição dos embargos de retenção por benfeitorias tem prazo de quinze dias úteis com marco inicial a data em que se consuma a citação do executado, independentemente da penhora dos bens.²⁸⁰

Cabe registrar também a possibilidade da execução contra vendedor inapto (caso de aquisição a *non domino* por terceiro²⁸¹). Nesse caso, a execução se dá buscando coisa que já foi alienada e se encontra em posse de terceiro de boa-fé. É possível, para o exequente: *i*) a persecução do bem, fundado no direito de sequela^{282,283}; ou *ii*) a tutela genérica²⁸⁴, visando a indenização, respondendo pelos danos o vendedor inapto, desde que haja um erro escusável do terceiro de boa-fé em um negócio jurídico oneroso.²⁸⁵

Para que seja viável seguir na persecução do bem, a execução deve ser redirecionada contra o terceiro em alegação de fraude à execução.²⁸⁶ Nessa hipótese, a aquisição a *non domino* não se dá por boa-fé. Como consequência, o possuidor não teria direito de retenção sobre as benfeitorias realizadas no bem adquirido indevidamente, em caso de provada a fraude.

Em uma situação de aquisição a *non domino* por terceiro de boa-fé, “a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico não poderá ser oposta ao terceiro de boa-fé que confiou no registro, inclusive por defeito oriundo da evicção.”²⁸⁷ As proteções ao terceiro de boa-fé na aquisição a *non domino*, no Direito Brasileiro, podem ocorrer tanto pela via da usucapião da

²⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 725.

²⁸¹ “Dá-se a denominação de *terceiros* neste particular, àqueles que, à diferença dos demais sujeitos processuais (principais ou secundários), não atuam para a composição do litígio, fornecendo, porém, para tal fim, elementos objetivos de que tem necessidade o processo, tais como *provas e bens*. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 92.

²⁸² ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 269.

²⁸³ “Trata-se, pois, de uma faculdade de agir conferida ao seu titular a lhe permitir buscar e haver para si coisa a que tenha direito, onde quer que esteja, com quem quer que esteja. Por outorgar ao seu titular esse largo direito de perseguir a coisa, tendo eficácia *erga omnes*, é associado aos direitos reais. Não o é em relação às obrigações, pois ordinariamente o inadimplemento por parte do devedor acarreta a conversão da obrigação específica em perdas e danos. Portanto, em regra, não caberia ao credor direcionar, por exemplo, uma pretensão aquisitiva em relação a terceiro que tivesse adquirido de boa-fé junto ao devedor coisa àquele reservada. Nessa hipótese, restaria ao credor apenas direcionar ao devedor uma pretensão de reparação por perdas e danos – ainda que o terceiro venha a se tornar solidário caso tenha procedido de má-fé.” FURTADO, Gabriel Rocha. O direito comum das situações jurídicas patrimoniais. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 3, 2020. p. 15.

²⁸⁴ Ou, a conversão em perdas e danos, conforme: ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 229-230.

²⁸⁵ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo. O disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 366-367.

²⁸⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 269.

²⁸⁷ DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *O terceiro de boa-fé. proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 95

coisa adquirida quanto pela previsão do art. 54, I e IV, da Lei nº 13.097/2015²⁸⁸, que estabelece proteção ao terceiro de boa-fé na aquisição de imóveis desde que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel o registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias e a averbação da existência de ação cujo resultado ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o proprietário à insolvência.²⁸⁹

Desse modo:

Considerando que a informação prestada pelo registro de imóveis goza de presunção relativa de veracidade, o que ocasiona a legítima confiança dos que a ele recorrem antes da celebração de negócios jurídicos, dois aspectos da boa-fé são relevantes para o presente estudo: a força normativa da boa-fé como princípio jurídico e a proteção da confiança das partes, dela decorrente.²⁹⁰

Assim, verificada a boa-fé, a existência de negócio jurídico oneroso e os requisitos do art. 54, I e IV, da Lei nº 13.097/2015, há de se proceder para conversão do procedimento executivo de entrega da coisa em procedimento executivo de pagamento de quantia. Nesse procedimento será necessário identificar o valor da coisa e eventuais perdas e danos, não obstante o uso de medidas coercitivas e sancionatórias²⁹¹ contra o executado.²⁹²

Ainda que o vínculo entre o exequente e o vendedor inapto seja contratual, a solução será a tutela genérica (“execução pelo equivalente”), em razão da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil). Essa situação pode ocorrer, a exemplo, na hipótese de venda com cláusula de retrovenda²⁹³. O *quantum* indenizatório, nesse caso, deve ser medido da seguinte forma:

²⁸⁸ Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do disposto no inciso IV do *caput* do art. 792 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil.

²⁸⁹ DE ARAÚJO, Fábio Caldas; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. o princípio da concentração e a aquisição a non domino. Reflexões sobre a Lei 13.097/2015. Evolução histórica e direito comparado. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 1, n. 22, p. 396-416, 2020. p. 13-14.

²⁹⁰ PEREIRA, Marcelo Cláudio Bernardes. *Direito do proprietário do imóvel versus direito do terceiro de boa-fé: princípios e critérios que devem orientar a correta aplicação do artigo 1.247, parágrafo único, do código civil*. 2014. 147p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 132.

²⁹¹ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras reflexões sobre a execução de título executivo extrajudicial: do clássico ao contemporâneo. *Centro de Investigações de Direito Privado - Universidade de Lisboa*. n. 5, p. 1345-1359, 2016. p. 1349-1351.

²⁹² ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 270

²⁹³ Prevista no art. 505 do Código Civil, com prazo decadencial de três anos. Em regra, as benfeitorias compreendidas no “preço” da retrovenda são apenas as necessárias, contudo, é que pelo contrato sejam incluídas as úteis e as voluptuárias, seja por autorização pontual do vendedor ou por deliberação de inclusão ampla. Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos em Espécie*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

A execução pelo equivalente, caso fosse admitida, deveria se pautar não no valor da prestação (justamente) recebida pelo contratante inadimplente, mas sim no valor da prestação que esse devedor deveria cumprir em benefício do credor. Compreende-se, assim, que a valorização ou desvalorização da prestação (injustamente recebida ou não cumprida pelo contratante) poderá gerar valores diferentes conforme se trate de restituição ou execução pelo equivalente.²⁹⁴

Assim, na execução em que o bem já não está em posse do executado, o terceiro adquirente de boa-fé se encontra protegido em termos da manutenção do negócio jurídico, cabendo a ele demonstrar os requisitos de manutenção do negócio para permanecer na coisa. Alternativamente, caso essa demonstração não seja possível ou não a manutenção do negócio jurídico a *non domino* não seja reconhecida pelo magistrado, é pertinente que na defesa de mérito na execução em que sustenta a manutenção na coisa o terceiro, desde que de boa-fé, já apresente o eventual direito de retenção, dado que em caso de ter que devolver a coisa, mantém, pelo caráter de boa-fé da posse, o direito de retenção relativo às benfeitorias realizadas na coisa.

Por outro lado, o vendedor inapto, em regra, sequer estará com a coisa e estará de má-fé na venda a *non domino*, não cabendo falar no direito de retenção. É plausível imaginar a boa-fé em caso de situação em que há uma aquisição a *non domino* de boa-fé que posteriormente é vendida. Ainda nesse caso, via de regra, haverá uma venda originária de má-fé e quem alienou a coisa não estará de posse dela para exercer a retenção, não cabendo esse direito, ainda que seja uma excepcional situação de boa-fé do alienante inapto.

Por outro lado, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tema. Em pesquisa de julgados sobre a venda a *non domino* e o direito de sequela verificou-se que as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça no tema se centravam no argumento de que a boa-fé do adquirente seria irrelevante para o direito de sequela, diferentemente do apontado pela Lei nº 13.097/2015. O mais adequado, portanto, seria a interpretação da proteção do terceiro adquirente de boa-fé nos termos do art. 54 da Lei nº 13.097/2015, convertendo em perdas e danos a tutela do proprietário, conforme a busca:

²⁹⁴SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas limitativas ou excludentes do dever de restituir. Estudo a partir da releitura funcional dos efeitos da resolução. In: DE SOUZA, Eduardo Nunes; SILVA, Rodrigo da Guia. *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 663-700. p. 684.

Quadro 1 - Procedimento de busca de julgados sobre a venda a *non domino* e o direito de sequela no Superior Tribunal de Justiça:

Sítio eletrônico	https://scon.stj.jus.br/SCON/
Data	29/03/2022
Recorte temporal	Não houve
Termo de busca	“non domino <i>and</i> sequela”; “non domino sequela”; “non domino direito <i>and</i> direito de sequela”; “non domino direito de sequela”.
Número de acórdãos encontrados	0
Número de decisões monocráticas encontradas	13
Número de decisões monocráticas encontradas que versavam sobre o tema	4
Número de decisões monocráticas que não analisaram a matéria em razão da Súmula nº 7	2
Método de análise	Qualitativo
Decisões analisadas (tratam do tema e não incidência da Súmula nº 7)	- STJ, REsp. nº. 1840340, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 14/06/2021; - STJ, AREsp nº 1206949, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 25/09/2019.

Os embargos de retenção por benfeitorias podem também ser propostos na situação da *exceptio non adimpleti contractus*, observando o regime jurídico do direito obrigacional, e os requisitos do art. 1.219, ou seja, a posse e a boa-fé.²⁹⁵ A *exceptio non adimpleti contractus* exige como requisitos o sinalagma contratual²⁹⁶, a contemporaneidade das pretensões do contrato (exigibilidade), e a ocorrência do inadimplemento por parte do credor.^{297,298}

A exemplo, o direito de retenção poderia ser aplicado em contrato de compra e venda, em que o inadimplemento no pagamento pode tanto gerar o fim do contrato quanto o direito de retenção da coisa para o vendedor em mora o comprador.²⁹⁹

²⁹⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019. p. 19-21.

²⁹⁶ ERNST, Wolfgang. Die Vorgeschichte der *exceptio non adimpleti contractus* im römischen Recht bis Justinian. *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*. Berlin, 1998. p. 2-5.

²⁹⁷ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. 2019. 239p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 220-221.

²⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos*. v. 4. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 573-574.

²⁹⁹ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. Exceção do Contrato não Cumprido e os Contratos de Compra e Venda à Vista. *Revista Direito Civil*, v. 2, n. 2, p. 86-107, 2020. p. 103-105.

Nesse caso, há posse e boa-fé na posse (requisitos da retenção) e, portanto, quaisquer benfeitorias realizadas durante o período da *exceptio* encontram-se dentro das regras do art. 1.219 do Código Civil. Como foram custos adicionais do vendedor, não previstos no preço do contrato, devem ser indenizadas, nos moldes das benfeitorias feitas por um possuidor, seguindo no art. 1.219 do Código Civil. Nesse sentido, essas benfeitorias realizadas durante o período de mora, sendo úteis ou necessárias, admitiriam a retenção por força da *exceptio non adimpleti contractus*.

A *exceptio non adimpleti contractus* admite ocorrência ainda no descumprimento parcial da obrigação do contrato, ocorrendo da forma da *exceptio non rite adimpleti contractus*: “La diferencia entre ambas reside en que la *exceptio non adimpleti contractus* supone un incumplimiento total por la otra parte, mientras que la *exceptio non rite adimpleti contractus* sólo comporta un incumplimiento parcial o defectuoso.”³⁰⁰.

A *exceptio* se funda na objeção obrigacional *tu quoque*³⁰¹, de modo que a contemporaneidade do inadimplemento figura como essencial como justificativa para a *exceptio non adimpleti contractus*, conforme:

O recurso ao próprio não direito (*unrecht*) tampouco deve ser acolhido, vez que, de uma perspectiva formal, a posição jurídica do titular faltoso remanesce. Tanto é assim que, por exemplo, na *exceptio non adimpleti contractus*, se o titular faltoso cumpre sua parte, poderá exigir a prestação do outro contratante. [...] Enquanto for faltoso, é óbvio que não poderá fazer derivar de sua posição qualquer outro direito posterior. Porém, caso cumpra sua parte no contrato, ainda que extemporaneamente (e este cumprimento se afigure como útil à outra parte), seu direito cobra sua eficácia plena, não cabendo mais à outra parte manejar a objeção de *tu quoque*.³⁰²

Destaca-se que a *exceptio* não deve ser confundida, para fins do direito de retenção, com o inadimplemento antecipado. O inadimplemento antecipado ocorre por razões da vontade do devedor (recusa no cumprimento) ou por impossibilidade do devedor cumprir a obrigação. A

³⁰⁰ HIERRO, José Manuel Fernández. La «*exceptio non adimpleti contractus*». *Estudios de Deusto*, v. 43, n. 2, p. 71-89, 1995. p. 77.

³⁰¹ “O conceito jurídico do *tu quoque* expressa que ‘aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu’. Aplicado à realidade contratual, indica que aquela pessoa que não é fial ao contrato não pode deduzir qualquer direito da violação do mesmo perpetrada pela parte contrária”. PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011. p. 186.

³⁰² PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011. p. 188.

exceptio, por outro lado, se dá em razão de um descumprimento que parte de um polo do contrato, que cria a exceção de descumprimento (e o direito de retenção) para a outra.³⁰³

Assim, essa via de defesa exige precipuamente o direito de retenção do devedor, seja pela *exceptio non adimpleti contractus* ou pela simples posse da coisa em que tenha feito benfeitorias necessárias ou úteis. O essencial é a posse de boa-fé e as benfeitorias sujeitas ao direito de retenção, nos termos do art. 1.219 do Código Civil. Com esses elementos, o devedor pode apresentar embargos à execução nos termos do art. 917, IV, do Código de Processo Civil (embargos de retenção por benfeitorias), alegando, dentre as outras possíveis defesas processuais e de mérito, o direito de retenção, com a prova da realização das benfeitorias, o *quantum* indenizatório e, se necessário, o caráter da posse.

3.2. Procedimento dos embargos de retenção por benfeitorias

Os embargos de retenção por benfeitorias configuram um tipo de embargos à execução, que encontram regulamentação nos arts. 914 a 920 do Código de Processo Civil, com tratamento específico dos embargos de retenção por benfeitorias no art. 917, IV e §§ 5º e 6º. Podem ser propostos quando o executado tem direito de retenção por benfeitorias sobre a coisa que é objeto da execução. O direito de retenção existe desde o Direito Romano, consistindo na possibilidade de reter a coisa própria ou de outrem que se fosse obrigado a entregar até que ocorra a satisfação de créditos do retentor contra o proprietário da coisa retida³⁰⁴. Essa lógica se coaduna com o que prevê o art. 1.219 do Código Civil, bem como com a via de defesa dos embargos de retenção por benfeitorias (art. 917, IV, do Código de Processo Civil). Além disso, abre margem para uma interpretação do direito de retenção pela ótica do direito obrigacional, especificamente pelo espectro da *exceptio non adimpleti contractus*.

O prazo para apresentação dos embargos de retenção é de 15 dias, com o marco inicial de contagem regulado pelas hipóteses do art. 231.³⁰⁵ É necessária a indicação do valor da causa nos embargos à execução, contudo, não é exigido preparo na apresentação das oposições do

³⁰³ MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento Antecipado: Perspectivas para sua aplicação no Direito Brasileiro. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011. p. 438-445.

³⁰⁴ SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio. Diritti reali*. 7. ed. v. 1. Módena: Direzione dell'Archivio Giuridico. 1899. p. 235.

³⁰⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268.

executado.³⁰⁶ A competência no julgamento dos embargos de retenção é do juízo da execução (art. 914, §1º, Código de Processo Civil), sendo uma competência funcional.³⁰⁷

A defesa do executado nos embargos de retenção é concentrada, ou seja, deve ser feita toda em um único momento, em que deve alegar tanto as defesas de mérito (direta ou indireta) quanto as defesas processuais.^{308,309} Essa forma de defesa dos embargos de retenção visa a celeridade da execução, promovendo a defesa do executado de maneira concentrada e facilitando a cognição processual na execução³¹⁰, sem prejuízo da segurança jurídica do devedor.³¹¹

A legislação processual nem sempre previu expressamente os embargos de retenção por benfeitorias, aparecendo pela primeira vez com essa nomenclatura com a alteração no Código de Processo Civil de 1973 promovida pela Lei nº 11.382/2006. Contudo, o direito de retenção já era previsto no Código Civil de 1916 no art. 516. No Código de Processo Civil de 1939, o direito de retenção era previsto na via dos embargos do devedor (arts. 1.010 e 1.012), tendo o rito seguido pelos subsequentes Códigos, devendo ser apresentado o direito de retenção na primeira oportunidade de defesa do devedor.³¹²

No que tange a defesa do executado, uma diferença significativa dos embargos de retenção por benfeitorias no Código de Processo Civil, antes da modificação de 2006, é o fato de a alegação do direito de retenção ter de ser feita em ato que exclusivamente alegue a retenção,

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 797.

³⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 798.

³⁰⁸ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 177-179.

³⁰⁹ Nas defesas do executado é possível, por exemplo, contestar o direito do exequente ou imputar vício ao título executório.

³¹⁰ Destaca-se que a cognição na execução, conquanto diferente da cognição no processo de conhecimento, existe desde o recebimento da execução, conforme: “A preponderância de atos de materialização de direitos no processo de execução não significa que nele não exista atividade cognitiva, muito embora seja forçoso reconhecer que essa atividade não é idêntica à que ocorre no processo de conhecimento, seja porque bastante mais restrita, seja porque o credor se encontra em posição de prevalência em relação ao devedor. [...] E tanto existe atividade cognitiva na execução que o juiz, no momento em que recebe a inicial, deve verificar se os pressupostos processuais e as condições da ação estão presentes” DE CAMPOS, Gledson Marques. *Execução para entrega de coisa certa e incerta*. 485p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 54-55.

³¹¹ GRECO, Leonardo. Os meios de defesa na execução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, 2021. p. 547.

³¹² Outra diferença nos embargos de retenção das antigas codificações na defesa do executado se dava na necessidade de garantia do juízo. Na época, havia a necessidade de depósito prévio da coisa em debate para fins de garantia do juízo (art. 1008). No atual Código, a garantia do juízo é apenas necessária para a concessão do efeito suspensivo aos embargos, pela própria natureza da retenção. Contudo, há um impedimento na execução sem que haja a necessidade do efeito suspensivo em razão do próprio direito de retenção. Conforme: DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. v. 4. Curitiba: Guaíra, 1948. p. 1983-1985; 1999-2000; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268-269.

não sendo possível à época, em um mesmo instrumento apresentar defesa de mérito (direta ou indireta) negando o direito ou imputando vício que embase o título executório.³¹³ Com as alterações na execução a defesa do executado está concentrada e é necessário que seja feita em único momento, com a finalidade de concentrar a cognição processual e dar celeridade à execução, mantendo a segurança jurídica do devedor³¹⁴.

Nos embargos à execução no atual Código é possível a arguição de matéria processual e material³¹⁵. Por se tratar de um processo executivo, esse é o momento de exaurir a cognição no processo.³¹⁶ Na especificidade dos embargos de retenção por benfeitorias, há a necessidade de apontamento do direito de retenção como defesa de direito material. Vigora no processo civil o princípio da disponibilidade da execução, que faculta ao exequente a possibilidade de desistir a qualquer tempo da execução, contudo, na situação do direito de retenção, circunstância em que ocorre uma defesa de mérito nos embargos, há de se considerar o inciso II do parágrafo único do art. 775 do Código de Processo Civil. Nesse contexto, a defesa do executado não está restrita à manutenção da execução, de modo que essa pode prosseguir ainda que ocorra a desistência da execução, salvo no caso de anuência do executado.³¹⁷

A cognição na execução é uma cognição ordinária³¹⁸, cabendo às partes e, especificamente ao devedor, apresentar todos os elementos de defesa necessários (fáticos, jurídicos e probatórios) que corroborem com o direito alegado, seja de retenção ou outro relevante ao caso concreto. Para os embargos de benfeitorias, iniciada uma execução visando reaver a coisa em que o

³¹³ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 177-179.

³¹⁴ “A rigidez das defesas nos embargos e na impugnação tinha um claro objetivo: agilizar a execução, expulsando do respectivo juízo quaisquer outras matérias não suscitadas por uma dessas vias no momento próprio, o que, dando bastante eficácia ao título executivo, transferia para o devedor o ônus de provocar o juízo executivo em momentos pré-fixados ou contentar-se a veicular suas defesas em outras ações, que hoje têm sido chamadas de heterotópicas. Mas havia e há graves inconvenientes a evitar. Ademais da posição de acentuada desvantagem a que essa orientação relegava o devedor, quase só objeto da execução, e não sujeito, a recusa do juiz da execução em conhecer de questões incidentes fora dos embargos ou da impugnação favorece a continuidade de processos injustos, obrigando o executado a ir buscar em outro processo autônomo a repristinação dos atos executórios ou o ressarcimento do prejuízo sofrido na execução, muitas vezes irreversíveis e irremediáveis. [...] Nesse sentido, o exercício das defesas do executado nos embargos e na impugnação é o ideal porque essas vias estão estruturadas para propiciar cognição exaustiva e assim resolver em definitivo todas as questões de direito processual e material que o executado desde logo suscite.” GRECO, Leonardo. Os meios de defesa na execução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, 2021. p. 547.

³¹⁵ “A defesa processual consiste em alegações que o réu formula para impedir o julgamento do mérito da causa. Ele se opõe à pretensão do autor, aduzindo, em primeiro lugar, razões de ordem processual que tornem inadmissível, ao juiz, conhecer do pedido que se contém na inicial [...] Quando o réu, sem aduzir defesa processual, ou então depois de argüi-la, enfrenta a própria pretensão contida no pedido do autor, para assim declarar explicitamente a resistência a ela oposta, a sua defesa se denomina de *mérito*.” (sic) MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 117;

³¹⁶ GRECO, Leonardo. Os meios de defesa na execução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, 2021. p. 549.

³¹⁷ CARDOSO, Nathália Schulz; TAMAOKI, Fabiana. Os princípios fundamentais da execução civil. *Revista Jurídica UniFCV*. v. 2, n. 1, 2019. p. 7-8.

³¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 215-217.

exequente desista, o executado pode anuir com a desistência ou apresentar sua defesa apontando o direito de retenção.

O executado pode apresentar, como defesa processual, contestação ao título executivo que embasa a execução, dado o princípio *nulla executio sine titulo*³¹⁹. Como defesa material pode arguir tanto sobre o direito de retenção, que é o foco nos embargos de retenção por benfeitorias, quanto sobre outra matéria pertinente, como questionamentos sobre o direito de posse ou propriedade em debate na execução, apresentando pedido subsidiário do direito de benfeitorias.

Um elemento essencial para o executado nos embargos de retenção é a defesa material relativa ao direito de retenção, que consiste:

Além dos requisitos normais de uma petição inicial, é condição *sine qua non*, sob pena de indeferimento da inicial dos embargos, que também venham descritos na peça inicial: (i) as benfeitorias necessárias e úteis; (ii) o estado anterior e atual da coisa; (iii) o custo das benfeitorias e o seu valor atual; (iv) a valorização da coisa decorrente das benfeitorias.³²⁰

O momento adequado para a defesa de mérito tanto dos elementos relativos à retenção quanto qualquer outra defesa que queira postular o executado é no embargos à execução, nomeado de embargos de retenção por pretender o direito de retenção, nos termos do art. 917, IV, do Código de Processo Civil.³²¹ Dado que um requisito da execução é o título extrajudicial, uma defesa processual possível é a contestação do título, em razão do princípio *nulla executio sine titulo*.³²²

Os embargos à execução não possuem efeito suspensivo. Contudo, o juiz poderá conceder o efeito suspensivo a requerimento do embargante mediante garantia do juízo e verificação dos requisitos para concessão de tutela provisória (art. 919, Código de Processo Civil). Por outro lado, para os embargos de retenção não faz sentido a aplicação dessa regra, visto que o próprio direito de retenção por benfeitorias suspende a possibilidade de execução no que tange a entrega da coisa.³²³ Caso a execução seja fundada em pedido que não seja afetado pelo direito de retenção, apenas a entrega da coisa retida fica “suspensa” pelo direito de retenção, seguindo os demais pedidos o regramento do art. 919, visto que não são os embargos de retenção ou a presença do direito de retenção que modificam a regra de efeito suspensivo dos

³¹⁹ CALDAS, Felipe Ornelas. A Execução de Título Extrajudicial sobre a qual se Aplicam as Regras da Provisória Exequibilidade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 54, p. 40-73, abr.-jun. 2011. p. 44-46.

³²⁰ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 499.

³²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2025-2028.

³²² CALDAS, Felipe Ornelas. A Execução de Título Extrajudicial sobre a qual se Aplicam as Regras da Provisória Exequibilidade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 54, p. 40-73, abr.-jun. 2011. p. 44-46.

³²³ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268-269.

embargos à execução, mas somente o caráter do direito de retenção, que tem o condão de atingir apenas a coisa retida.

Conforme o §6º do art. 917 do Código de Processo Civil, o exequente poderá, frente aos embargos de retenção, pedir a imissão na coisa desde que preste caução ou depósito correspondente ao valor das benfeitorias reclamadas. Esse pedido não está limitado temporalmente à contestação dos embargos de retenção, podendo ser solicitado a qualquer tempo no curso da execução desde que consubstanciado o requisito da caução ou depósito suficiente.³²⁴

Os embargos de retenção podem ser rejeitados liminarmente (art. 918 do Código de Processo Civil) em caso de proposição extemporânea, por indeferimento da inicial e improcedência liminar do pedido e nos casos em que os embargos são propostos em caráter manifestamente protelatório. Quanto ao último caso, destaca-se: “Rejeitar os embargos quando manifestamente protelatórios significa, conforme o caso, negar sua admissibilidade (falta de pressupostos para o julgamento do mérito) ou mesmo proferir sentença liminar pela improcedência.”³²⁵

Fundamental, portanto, nos embargos de retenção por benfeitorias, a observação dos seguintes elementos: *i*) a boa-fé da posse durante a realização das benfeitorias³²⁶; *ii*) o tipo das benfeitorias, dado que a retenção só pode ocorrer sobre as benfeitorias úteis e necessárias; *iii*) a alteração do caráter da posse no tempo, ou seja, em caso de uma posse que se iniciou como tença, é necessário observar o momento em que há o fim da tença (não protegida pela retenção por não ser posse) e, com o início da posse, se, apesar de injusta, é de boa-fé. Cabe ao executado a prova dos gastos com as retenções, bem como, em caso de controvérsia, o caráter da posse, sendo o momento adequado nos embargos do devedor, sob pena de preclusão do direito de retenção, sem prejuízo da indenização das benfeitorias.³²⁷

³²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2026.

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 799.

³²⁶ O direito de retenção pode ser alegado no processo pelo possuidor independentemente do caráter da posse, dada a possibilidade da interservação da posse, desde que haja o direito de retenção a ser alegado. A retenção, a seu turno, exige a boa-fé da posse, contudo, admite a interservação da posse e alteração do caráter para posse de má-fé posteriormente sem prejuízo do direito de retenção das benfeitorias feitas durante a boa-fé da posse antes da intervenção. Ainda, não prejudica o possuidor que tinha posse de má-fé e se tornou possuidor de boa-fé na possibilidade de ter o direito de retenção das benfeitorias úteis ou necessárias que fizer.

³²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2025-2028.

3.3. Recursos do retentor e medidas do exequente nos embargos de retenção por benfeitorias

Os embargos de retenção podem ser alegados por possuidor de boa-fé que tenha realizado benfeitorias necessárias ou úteis na coisa, nos termos do art. 1.219 do Código Civil.³²⁸ Via de regra, os embargos à execução, instrumento em que se encontra a defesa via embargos de retenção, não possui efeito suspensivo *ex lege*, exigindo a garantia do juízo para suspensão da execução, contudo, pela natureza do direito de retenção, em caso de admissão, há por si um impeditivo na execução, não havendo necessidade da suspensão da eficácia da execução.³²⁹

Por outro lado, o possuidor exequente pode buscar a imissão na coisa desde que preste caução ou faça depósito correspondente ao valor requerido em indenizações pelo executado. O exequente poderá pleitear a imissão na posse nesta via a qualquer tempo. Permanece, contudo, o requisito de caução ou depósito, independentemente do momento em que o exequente buscar a imissão na posse.³³⁰

Vale frisar que o exercício da defesa das retenções não finda nos embargos à execução, sendo possível decisão que não admite o *ius retentionis* frente aos embargos de retenção. Nesse caso, é possível que o executado siga em sua defesa por distintas vias, a depender da situação concreta a ser enfrentada na decisão: por apelação, em caso de sentença que encerra a execução³³¹; ou por embargos de declaração, nos termos dos arts. 1.022 e 1.023 do Código de Processo Civil. É relevante, contudo, observar como esses recursos operam na execução, especificamente no caso dos embargos de declaração quanto a possibilidade de suspensão da execução, observando o regramento específico de suspensão da execução³³² e dos recursos.

Para o exequente, seja em caso de não admissão dos embargos, de imissão na posse por caução ou depósito ou de pagamento das benfeitorias, há a possibilidade do uso das *astreintes* para coerção da entrega da coisa pelo devedor. Além disso, é possível a realização de negócios jurídicos processuais nas execuções com direito de retenção.³³³

³²⁸ Conforme: ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268-269; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 212; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 184.

³²⁹ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 269.

³³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2026.

³³¹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

³³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 805.

³³³ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Coleção grandes temas do novo CPC*, p. 657-676, 2015. p. 660-665.

3.3.1. Recursos do executado: os embargos de declaração e a apelação nos embargos de retenção por benfeitorias

O executado poderá apresentar embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil, para revisão dos chamados *errores in procedendo*³³⁴, ou seja, para: *i*) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii*) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; ou *iii*) corrigir erro material. É de se registrar que os embargos de declaração não possuem fundamentação livre, dado que é um recurso de fundamentação vinculada, nos termos do art. 1.023 do Código de Processo Civil, que, além de indicar o prazo de cinco dias para interposição do recurso, exigem que os embargos de declaração contenham “indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão”.³³⁵

Para melhor compreensão da redação do art. 1.022, os vícios que podem ser combatidos pelos embargos de declaração podem ser sintetizados nos vícios tipográficos e nos vícios de deliberação.

O vícios tipográficos são os erros materiais, ou, erros de expressão, como um equívoco na grafia ou expressão numérica, que podem ser corrigidos de ofício dado que não correspondem a um vício de conteúdo da decisão, mas na verdade a uma incompatibilidade entre o escrito e o que é de possível percepção *primo ictu oculi* que está em desacordo com o pretendido pelo magistrado.³³⁶

Já os vícios de deliberação correspondem à: *i*) obscuridade da sentença por defeito redacional ou redação incompleta na formação do convencimento do juiz; *ii*) contradição por existência de proposições que se excluem de forma a tornar o julgamento impreciso; e *iii*) omissão, quando não existe menção a determinado aspecto levantado por alguma das partes.³³⁷

Via de regra, conforme o art. 1.026 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo. Contudo, admitem a concessão da concessão *ope judicis* do efeito suspensivo via pedido de tutela provisória recursal, seja pela tutela de evidência ou pela

³³⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 396.

³³⁵ MAZZEI, Rodrigo. Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antônio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Temas atuais de Direito II. Estudos em homenagem aos 90 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020. p. 477-488. p. 480.

³³⁶ MESQUITA, Marina. O recurso de embargos de declaração no código de processo civil de 2015: hipóteses de cabimento. *Derecho y Justicia*, n. 5, p. 119-135, 2015. 130-134

³³⁷ MESQUITA, Marina. O recurso de embargos de declaração no código de processo civil de 2015: hipóteses de cabimento. *Derecho y Justicia*, n. 5, p. 119-135, 2015. 130-134

tutela de urgência.³³⁸ A competência para concessão do efeito suspensivo é do órgão *ad quem*.³³⁹

Observando as hipóteses possíveis dos embargos de declaração em sede de execução, com debate sobre retenção de benfeitorias, tem-se em destaque os vícios de deliberação como potenciais questões sujeitas à tutela de evidência ou urgência: a obscuridade da sentença, fundamentação incompleta, contradição em proposições, ou a omissão no trato de um ponto são elementos que podem não combater aspectos probatórios essenciais do direito de retenção. Exclui-se da análise os erros materiais e de expressão grosseiros, dado que são erros que podem ser corrigidos de ofício e não correspondem a uma discussão ampla em sede de embargos de declaração.³⁴⁰

Uma das vias possíveis, a tutela de evidência, é regulada pelo art. 311 do Código de Processo Civil, destacando-se, para o caso dos embargos de retenção, o inciso IV, do art. 311, que preconiza que a tutela antecipada em caráter de evidência deve ser concedida quando as alegações de fato possam ser comprovadas documentalmente e o réu não se opor de forma capaz de gerar “dúvida razoável”³⁴¹ sobre o direito. Sobre o requisito do inciso IV, destaca-se:

O inciso IV melhor se aplica à hipótese em que há prova documental dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa de mérito indireta - alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos - infundada. Como é óbvio, a defesa indireta, não obstante infundada, tem que exigir instrução dilatatória, uma vez que de outra forma o caso será de julgamento antecipado do mérito. Em outras palavras, quando há prova dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa indireta “incapaz de gerar dúvida razoável” - que requer produção de prova, cabe tutela de evidência.³⁴²

No caso da execução, a apresentação documental dos fatos constitutivos se dará nos embargos de retenção, enquanto a defesa de mérito indireta ocorrerá na contestação aos embargos à execução. É pertinente mencionar que, quanto ao cabimento da tutela de evidência nos

³³⁸ MAZZEI, Rodrigo. Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antônio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Temas atuais de Direito II. Estudos em homenagem aos 90 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020. p. 477-488. p. 482-483.

³³⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 391.

³⁴⁰ ARANEGA, Guilherme Francisco Seara; DE VASCONCELOS, Michel Vieira. O efeito modificativo dos embargos de declaração e o CPC de 2015. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 2, n. 28, 2018. p. 157-158.

³⁴¹ Sobre a oposição capaz de gerar dúvida razoável: “O que pode se opor à prova dos fatos constitutivos é a alegação de falsidade do documento ou a negação dos fatos constitutivos evidenciados mediante prova testemunhal ou pericial documentada. A alegação de falsidade, ao abrir oportunidade a prova, retira a força do documento, excluindo a possibilidade de tutela de evidência. Porém, a negação do fato constitutivo e o consequente requerimento de produção de prova, conforme o caso concreto, podem ser incapazes de ‘gerar dúvida razoável’ diante da prova ‘documentada’ dos fatos constitutivos. Nessa hipótese o juiz está autorizado a conceder tutela de evidência.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência. Soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 337-338.

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência. Soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 338.

embargos de declaração, “ao que parece, há equívoco redacional no parágrafo único do art. 995, pois também acaba tendo divórcio em relação ao §4º do art. 1012 [...], já que ali está prevista a tutela de evidência como a de urgência”³⁴³. Nesse sentido, não se vislumbra prejuízo no pedido de tutela provisória recursal pela via da tutela de evidência nos embargos de declaração.³⁴⁴

Na especificidade do direito de retenção, é necessário registrar que a retenção exige prova de alto grau de certeza do débito, exigibilidade e liquidez, bem como o caráter da posse ao tempo das benfeitorias (posse de boa-fé)³⁴⁵. Ou seja, é necessário que o executado prove que fez as benfeitorias, o valor atual das benfeitorias (art. 1.222 do Código Civil) e que as benfeitorias são exigíveis do exequente e que geram o direito de retenção³⁴⁶. Se há um vício de obscuridade, fundamentação ou contradição (vícios de deliberação), é possível que haja fundamento suficiente para a concessão da tutela de evidência nos casos de retenção em razão das provas necessárias para assegurar o direito, correspondentes aos requisitos do inciso IV do art. 311.

A tutela de urgência, por outro lado, tem seus requisitos previstos no art. 300 do Código de Processo Civil. São requisitos alternativos, e, destaca-se dentre os requisitos do art. 300, para o caso do direito de retenção por benfeitorias, o: *i*) “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, que consiste na potencial ocorrência de possibilidade objetivamente comprovada de ocorrência de ato que prejudique a tutela satisfativa³⁴⁷ do executado, *in casu*, o direito de retenção e a indenização das benfeitorias; e *ii*) a probabilidade do direito, ou o *fumus boni iuris*, que corresponde a uma cognição sumária do magistrado para proceder a um juízo de probabilidade do direito.³⁴⁸

A entrega da coisa para o exequente já pode ser observada como uma potencialidade de risco para a não satisfação da indenização das benfeitorias, visto que com a entrega da coisa há fim

³⁴³ MAZZEI, Rodrigo. Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antônio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Temas atuais de Direito II. Estudos em homenagem aos 90 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020. p. 477-488. p. 483.

³⁴⁴ MAZZEI, Rodrigo. Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antônio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Temas atuais de Direito II. Estudos em homenagem aos 90 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020. p. 477-488. p. 482-483.

³⁴⁵ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. 2016. 322p. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 104-109.

³⁴⁶ É possível, a exemplo, que haja vedação em contrato do direito de retenção, conquanto haja da prova de gastos e de boa-fé do possuidor, a exemplo do caso de locação com vedação do direito de retenção. É um exemplo em que não existe a exigibilidade das benfeitorias e, por conseguinte, do direito de retenção.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência. Soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 127-128.

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência. Soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 130-131.

da possibilidade de exercício do direito de retenção, ainda que posteriormente em apelação haja mudança na decisão sobre o reconhecimento da retenção. Outros podem ser os aspectos fáticos que ampliam o elemento do “risco”, a exemplo de comprovados riscos no pagamento das benfeitorias pelo exequente, situação em que a coisa retida serve tanto de garantia quanto como forma de pagamento em caso de inadimplência pelas benfeitorias. Ocorre assim pois após a posse do exequente, não é possível exercer a coação do possuidor para o pagamento das benfeitorias. A probabilidade do direito segue na mesma linha da tutela de evidência: pela natureza da retenção e das provas que exige, o bojo probatório para os embargos de retenção são suficientes para comprovação da probabilidade do direito.

Importante registrar que a suspensão promovida pelos embargos de declaração ocorre pela possibilidade da tutela provisória e não pelo recurso em si. Inadmitida a tutela antecipada a observação da suspensão do processo deve se dar por outra lógica, atentando-se qual é a decisão sobre a qual versam os embargos de declaração e qual é o recurso cabível contra essa decisão. Em caso de o recurso cabível ter o condão de suspender o feito (*e.g.*, a apelação), haverá a suspensão desde os embargos de declaração por força do recurso cabível contra a decisão. Se, por outro lado, trata-se de uma decisão interlocutória, por exemplo, os embargos de declaração sem a tutela provisória não possuem a capacidade de suspensão.³⁴⁹

De outra linha, para as sentenças na execução, cabe a apelação. Conquanto a natureza decisória do pronunciamento judicial que não admite a retenção na execução já tenha sido tema de debate na teoria jurídica, sendo questionado se é uma decisão interlocutória ou uma sentença³⁵⁰, observando a redação do art. 203 do Código de Processo Civil e o próprio conceito da proposição da defesa na execução pelo direito de retenção, parece adequada a compreensão de que a decisão que versa sobre a negativa do direito de retenção nos embargos à execução, ainda que liminarmente³⁵¹, corresponde a uma sentença, passível de apelação. Essa perspectiva parece a mais adequada nos embargos de retenção até mesmo pela forma como a defesa do executado sobre o direito de retenção é apresentada: dado que o direito de retenção deve ser alegado de maneira concentrada nos embargos à execução, junto das demais defesas processuais e materiais do executado³⁵², a decisão que nega esse direito é a decisão

³⁴⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 397-398.

³⁵⁰ BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 230.

³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 798-800.

³⁵² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2025-2028.

que encerra a fase cognitiva da execução e delibera sobre o “todo” das matérias de mérito e processuais alegadas pelo exequente e executado.

Assim, não há de se observar um julgamento incidental que não vá finalizar a execução e que julgue o direito de retenção, dado que esse é fundamental à etapa cognitiva da execução e mantém suspensa a efetividade da tutela jurisdicional pela natureza do direito.³⁵³ Decisões relativas a outras questões incidentais do processo, procedimentais ou relativas à tutela jurisdicional, a exemplo,³⁵⁴ podem ter o caráter de decisão interlocutória na execução que debate o direito de retenção, contudo, caso o pronunciamento verse sobre o direito de retenção, tem caráter de sentença.

As apelações têm, via de regra, efeito suspensivo³⁵⁵, bem como a vedação da *reformatio in pejus*^{356,357}. Quanto ao efeito devolutivo da apelação nos embargos de retenção, seguem o que se preconiza para as apelações em regra geral: “o tribunal pode considerar todas as questões suscitadas e discutidas, além daquelas cognoscíveis de ofício, para o fim de dar solução à matéria devolvida por força da extensão do efeito devolutivo.”³⁵⁸

Portanto, a depender de qual é a situação concreta a ser enfrentada na decisão, o executado pode apresentar a apelação ou os embargos de declaração, sendo que, independentemente do recurso apresentado, é possível a obtenção da suspensão do processo, seja pela concessão *ope legis* no recurso de apelação ou pela concessão *ope judicis* nos embargos de declaração. Necessário ressaltar, contudo, que a suspensão da execução nos embargos de declaração dependem da tutela provisória, cabendo ao embargante apresentar os requisitos da urgência (art. 300 do Código de Processo Civil) ou de evidência (art. 311 do Código de Processo Civil). Em caso da não concessão da tutela provisória, os embargos de declaração seguem a lógica do recurso cabível frente à decisão para determinação da possibilidade de suspensão.

³⁵³ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268.

³⁵⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64-65.

³⁵⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 394-295.

³⁵⁶ Por exemplo, em situação em que é reconhecido o direito de retenção, contudo, nem todas as benfeitorias elencadas pelo executado são reconhecidas como benfeitorias a serem indenizadas pelo exequente.

³⁵⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 309-311.

³⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2003. p. 28.

3.3.2. Medidas do exequente e as astreintes na execução com direito de retenção

O procedimento de execução admite a realização de negócios jurídicos processuais entre as partes, que buscam flexibilizar o procedimento dentro do escopo dos direitos disponíveis das partes. Na existência de uma pactuação prévia, visando ao planejamento de futuras questões judiciais, as partes podem deliberar, *e.g.*, sobre a eleição de foro, cláusulas escalonadas e convenções de arbitragem.³⁵⁹ No tema da posse e do direito de retenção, é possível que se discuta o direito de retenção em caso em que a posse é autorizada por contrato prévio, como, por exemplo, na locação.

O direito de retenção na locação está previsto nos arts. 35 e 36 da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991), que estabelecem o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e, quanto às úteis, guardam esse direito desde que autorizadas. A Lei nº 8.245/1991 ainda prevê a possibilidade de exclusão do direito de retenção em contrato, sendo essa uma hipótese de exceção à regra estabelecida pelos arts. 35 e 36.^{360,361}

É uma via possível para o exequente tanto no momento da celebração do contrato, no caso da locação, remover a possibilidade do direito de retenção^{362,363}, quanto promover cláusulas processuais (negócios jurídicos processuais) que agilizem o procedimento executório na etapa da cognição do *quantum* indenizatório relativo às benfeitorias a serem indenizadas que guardam ao executado o direito de retenção. É necessário registrar, contudo, que os negócios jurídicos devem ser limitados aos direitos que permitem a autocomposição (art. 190 do Código de Processo Civil), bem como corresponder às balizas principiológicas do processo civil, tal qual a segurança jurídica e o devido processo legal. Como requisito de validade ainda devem seguir as normas gerais de validade dos negócios jurídicos (manifestação da vontade, capacidade jurídica, objeto lícito e forma), bem como respeitar a paridade das partes.³⁶⁴

³⁵⁹ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Coleção grandes temas do novo CPC*, p. 657-676, 2015. p. 658;660.

³⁶⁰ ANTOLINI, Daniela Salhenaves; SELL, Cleiton Lixieski; HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol. A (in) possibilidade de indenização decorrente da realização de benfeitorias em imóveis urbanos locados e o direito de retenção. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, v. 2, n. 2, 2014. p. 8.

³⁶¹ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019. p. 6.

³⁶² Súmula 335, Superior Tribunal de Justiça: “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.”

³⁶³ ANTOLINI, Daniela Salhenaves; SELL, Cleiton Lixieski; HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol. A (in) possibilidade de indenização decorrente da realização de benfeitorias em imóveis urbanos locados e o direito de retenção. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, v. 2, n. 2, 2014. p. 11.

³⁶⁴ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Coleção grandes temas do novo CPC*, p. 657-676, 2015. p. 660-665.

O exequente também pode, além dos negócios jurídicos, buscar a imissão na posse em qualquer execução que busque a entrega da coisa. O direito de retenção por benfeitorias opera como um efeito suspensivo da execução³⁶⁵, contudo, o exequente pode, prestando caução ou depósito, solicitar a imissão na posse a qualquer tempo durante a execução.³⁶⁶

Outra medida viável para o exequente quando inadmitido o direito de retenção ou, quando admitido, ocorrer o pagamento da indenização ou a imissão na posse por caução ou depósito, é o uso das *astreintes* para coerção da entrega da coisa pelo devedor. As *astreintes* estão previstas no Código de Processo Civil no art. 537 e proporcionam uma “execução indireta”, atuando por medidas de pressão psicológica contra o devedor com o objetivo do adimplemento da obrigação.³⁶⁷

O instituto surgiu com base no princípio do *contempt of court*³⁶⁸, e consiste em uma “condenação a uma soma de dinheiro, em fração de dia (ou semana ou mês) de atraso, pronunciada pelo juiz de *fond* ou de *référés*, contra um devedor inadimplente, com vias a compelir a execução in natura da obrigação”³⁶⁹. As *astreintes* visam a atacar o patrimônio do devedor não para uma execução, mas para a coerção do cumprimento da tutela específica, buscando evitar a demora na execução ou a conversão em perdas e danos³⁷⁰.

São multas cominatórias³⁷¹, “considerando que o descumprimento de ordens judiciais importa insubordinação à autoridade da decisão e não só lesão ao credor.”³⁷² Tem natureza processual e é destinada ao exequente, e o *quantum* deve ser balizado pela obrigação que se pretende fazer cumprida, ou seja, em medida suficiente para a coerção do executado, contudo, sem excessivo ônus e desproporção ao valor da obrigação, o que consistiria em uma multa abusiva.³⁷³

³⁶⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 268-269.

³⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2026.

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 52.

³⁶⁸ Conforme: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense: 2001. p. 178; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 772.

³⁶⁹ MARTINS, Ana Cristina Uchôa. *Astreintes: instrumento garante da efetividade processual*. *Revista da Esmafe*, v. 16, p. 159-194, 2007. p. 161.

³⁷⁰ LUSTOSA, Paulo Franco. O paradoxo das *astreintes*. *Revista de Direito da ADVOCEF*, v.1. n. 6, mai/2008. p. 139-168. 2008. p. 141-143.

³⁷¹ “Multa cominatória ou coercitiva visa forçar o devedor a cumprir a sua obrigação.” MARTINS, Ana Cristina Uchôa. *Astreintes: instrumento garante da efetividade processual*. *Revista da Esmafe*, v. 16, p. 159-194, 2007. p. 164.

³⁷² COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As *astreintes* e sua importância no regime da tutela específica. *THEMIS: Revista da Esmec*, v. 4, n. 1, p. 145-159, 2016. p. 148.

³⁷³ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 240; 242.

Sobre o *quantum*, registra-se ainda:

Em relação aos limites na eleição do quantum, como já se viu, não há que se liminar o valor da multa em função da existência de cláusula penal, notadamente em função do fato de que se trata de fenômenos de naturezas distintas. Nem se diga que a convenção das partes tem o condão de limitar o seu valor, pois, como já explanado, a eleição do montante da multa coercitiva é questão que está afeta às partes.³⁷⁴

As *astreintes* encontram uma limitação na atuação do exequente: o *duty to mitigate the own losses*³⁷⁵. Significa que o exequente não pode manter inércia frente à busca da tutela ou obstaculizar o cumprimento da prestação do executado, aproveitando-se das *astreintes* para benefício pecuniário. Se reconhecida a conduta abusiva do exequente, o juiz pode suspender e/ou revogar as *astreintes*, especialmente quando o exequente atua impedindo o cumprimento da prestação pelo executado.³⁷⁶

É possível, além das *astreintes*, o uso das medidas atípicas da execução (art. 139, IV, do Código de Processo Civil). As medidas atípicas devem seguir a patrimonialidade da execução em seu critério de aplicabilidade, visando situações em que a imposição pecuniária é insuficiente para a satisfação da tutela.³⁷⁷ Um exemplo, para o caso do direito de retenção, seja em hipótese em que foi negado ou que após reconhecido teve o proprietário a imissão na posse, é circunstância que o possuidor realiza ou realizou obras de obstrução de acesso à coisa, dificultando, por exemplo, o despejo. A ampliação do escopo das medidas de coerção do executado ofertam à satisfação da tutela melhor possibilidade de desfecho à tutela executiva.

Portanto, apesar de o direito de retenção ser um direito restritivo à posse do exequente, é notável que há medidas possíveis ao exequente tanto antes da ocorrência processual (negócios jurídicos), quanto durante (imissão na posse), quanto para sua proteção da entrega da coisa (*astreintes*). Nesse sentido, o ônus do tempo do processo, conquanto esteja com o exequente nos casos da retenção, pode ser mitigado com a construção contratual que se adegue aos

³⁷⁴ MACIEL, Stella Economides. *As astreintes como mecanismo de alcance da efetividade processual*. 2016. 194p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 169.

³⁷⁵ “Não cumprindo o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição do *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito [...]. A prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual. [...] Enfim, a conjugação de todos os postulados descritos como modalidades de exercícios abusivos de direitos derivados de uma cláusula geral de boa-fé busca concretizar a teoria do abuso do direito no plano das relações obrigacionais. Em todas as hipóteses, há uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé [...]” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos*. v. 4. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 176-178.

³⁷⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 242.

³⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos*, v. 2, n. 1, p. 84, 2016. p. 94.

interesses do possuidor. Para o locador, por exemplo, é possível que as benfeitorias sejam discutidas na execução sem que o executado fique em posse da coisa, exigindo apenas que se preste a caução dos valores correspondentes às benfeitorias reclamadas nos embargos à execução.

4 IMPORTAÇÃO DE TÉCNICAS DOS EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

O cumprimento de sentença está regulado no Código de Processo Civil pelos arts. 513 e seguintes. O cumprimento de sentença carrega, igualmente à execução, um caráter executório, distinguindo-se, contudo, por ser uma execução de título judicial.³⁷⁸ Está ligado às reformas legislativas operadas no processo civil, realizadas pelas leis nº 11.232 de 2005 e 11.382 de 2006, que criaram uma simplificação do processamento dos títulos executivos judiciais, tendo sido assimiladas no atual Código de Processo Civil.³⁷⁹ Essas reformas estão conectadas à questão do direito de retenção no cumprimento de sentença.

Assim, antes dessas reformas, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, com etapa executória apartada, existia ampla discussão sobre o cabimento dos embargos de retenção de benfeitorias no processo de conhecimento. À época, uma sentença que determinasse a devolução de uma coisa, em caso de identificação da realização de benfeitorias úteis ou necessárias por possuidor de boa-fé, teria uma condição antes de permitir sua execução e satisfação: o pagamento do correspondente às benfeitorias. Era facultado ao réu, portanto, manejar defesa sobre benfeitorias tanto durante a etapa de conhecimento quanto na execução (embargos de retenção por benfeitorias). O fundamento dessa faculdade era a inexistência de previsão, tanto no Código Civil quanto na legislação processual, da preclusão da pretensão sobre a alegação do direito de retenção. Por outro lado, inexistia também vedação expressa à apresentação da defesa durante a etapa executória.³⁸⁰ Observando ainda o Código de Processo Civil de 1939, o regramento sobre os embargos de retenção é igual, cabendo também contra sentenças no processo de conhecimento, que podem ser opostos por quem, “tendo a detenção da coisa e obrigado a restituí-la, e a ela se opõe até que se indeniza dos pagamentos, que alega ter efectuado em proveito da coisa a título de melhoramento ou benefício”³⁸¹.

Com o atual *Codex*, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o debate sobre o cabimento da defesa do direito de retenção na fase do cumprimento de sentença estaria superado, no Recurso Especial nº 1.782.335 - MT, em que, em voto da Min. Nancy Andrighi, decidiu-se que:

³⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019. p. 33.

³⁷⁹ DE ARAUJO, Fábio Caldas. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. v 2. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 489-491.

³⁸⁰ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 102-104.

³⁸¹ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. v. 3. Curitiba: Guaíra, 1948. p. 1508.

4. Outrora, na vigência do CPC/1973, muito se discutiu acerca do momento adequado para o exercício do direito de retenção, isto é, se a pretensão à retenção deveria ser obrigatoriamente deduzida na contestação, sob pena de preclusão, ou se, diversamente, poderia a questão ser agitada em embargos à execução, independentemente de prévia alegação. Isso se deu porque o art. 744 do Código, na sua versão original, previa a oposição de embargos de retenção por benfeitorias em execução de sentença judicial, o que contrastava com o rito célere das denominadas ações executivas lato sensu, cuja execução depende de simples expedição do mandado restitutivo, a exemplo das ações possessórias e de despejo.

[...]

10. Outrossim, a mesma Lei 10.444/02 acrescentou ao CPC/73 o art. 461-A, inovando o ordenamento jurídico à época ao criar procedimento simplificado para o cumprimento de obrigação de entrega de coisa reconhecida em decisão judicial, que dispensava processo autônomo de execução. Por meio desse procedimento, bastava à parte, munida de título judicial, requerer, nos próprios autos, a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa ou de imissão na posse.

11. Nesse regime, em que as funções jurisdicionais cognitiva e executória foram aglutinadas em apenas uma relação processual, não mais se concebia a possibilidade de oposição de embargos de retenção de benfeitorias, cuja arguição, portanto, deveria ser realizada na contestação. Assim, viabilizava-se que o direito de retenção fosse declarado na sentença, de modo a condicionar a expedição do mandado restitutivo à indenização pelas benfeitorias.

[...]

18. Logo, mesmo sob o enfoque dado no acórdão recorrido, os embargos de retenção por benfeitorias se mostram incabíveis na espécie, haja vista que a lei processual vigente na data da contestação já havia excluído essa hipótese, impondo, por consequência, a concentração de todo o debate acerca do direito de retenção e o seu acertamento na fase cognitiva da ação.

19. Por oportuno, convém acrescentar que, não pleiteado o direito de retenção no momento oportuno – frise-se, quando da apresentação da contestação –, operou-se a preclusão quanto a essa prerrogativa, circunstância que impede, igualmente, a propositura de ação autônoma para o mesmo fim.

Considerando as pontuações feitas pela decisão, as alterações na legislação promovidas pelas leis nº 11.232 de 2005 e 11.382 de 2006 e a normativa processual constante desde o Código de Processo Civil de 1939, observa-se duas questões: é de fato vedada a utilização dos mecanismos da execução, especificamente no que tange o instrumento dos embargos de retenção por benfeitorias, no cumprimento de sentença?; e, ocorre a preclusão em caso de não alegação do direito de retenção em contestação no processo de conhecimento?

Para analisar a possibilidade de importação de técnicas da execução para o cumprimento de sentença é pertinente, inicialmente, observar os arts. 513³⁸² e 771³⁸³ do Código de Processo Civil. Em observação aos dispositivos, é possível inferir que se comunicam, servindo para a recepção e projeção de técnicas processuais. Desse modo, é possível, conforme previsão legal,

³⁸² Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

³⁸³ Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.

a “recepção no processo de execução não apenas de técnicas processuais do cumprimento de sentença [...], mas também de importação de técnicas processuais de natureza padrão [...] , assim como de técnicas processuais afetas aos procedimentos especiais.”³⁸⁴. Desse modo:

a fase de cumprimento de sentença e o processo de execução convivem de forma harmônica e podem, por meio da subsidiariedade e até mesmo da supletividade em atenção aos artigos 513 e 771, CPC/2015, retirarem regramentos entre si para que possam se adequar melhor ao direito a ser efetivado.³⁸⁵

Sobre a supletividade e subsidiariedade^{386,387}, cabe a observação do conceito. A aplicação do conceito estrito da supletividade para os casos de ausência de regra e subsidiariedade para a complementação da previsão legal, em estipulação de regra única para o transporte de técnicas não se revela a interpretação mais adequada do Código de Processo Civil.³⁸⁸ Para a aplicação subsidiária (art. 771) é necessário observar os princípios elementares do processo. A execução e o cumprimento de sentença tem fundamentos próprios, de modo que pode servir de limitante ao transporte de técnicas.³⁸⁹ Portanto, além da análise da supletividade e subsidiariedade, a compatibilidade é um elemento atinente ao transporte de técnicas. Não fosse assim, qualquer disposição mais específica sobre alguma matéria, independentemente da compatibilidade, poderia se adequar no transporte de técnicas, o que não se verifica.³⁹⁰

Além desses requisitos, outro ponto deve ser observado: a adequação da técnica transportada com os princípios e normas gerais do processo civil. A tutela jurisdicional não pode ser prejudicada com utilização de uma técnica exógena, devendo, com a incrementação de uma técnica, haver um aumento na efetividade da tutela, conforme:

³⁸⁴ MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: DE ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença. Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 20; 22.

³⁸⁵ JOBIM, Marco Félix; TESSARI, Claudio. A confusão terminológica dos capítulos de cumprimento da sentença e processo de execução do CPC. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 22, n. 2, 2021. p. 552

³⁸⁶ Marcados pelo constante no *caput* do art. 771 (“aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução”) e 513 (“observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.”).

³⁸⁷ MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: DE ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença. Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23.

³⁸⁸ MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: DE ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença. Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23-24.

³⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1813.

³⁹⁰ MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: DE ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença. Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23-24.

E a utilização da técnica exótica em lugar da principal exigirá, como se pode intuir, a constatação de incremento em efetividade para a tutela jurisdicional, ainda que, como já defendido, parcela da eficiência processual se comprometa. A análise de vantajosidade no sacrifício de parcela da eficiência processual em favor de um aprimoramento na solução do litígio dependerá da casuística e de um juízo de ponderação entre esses valores.³⁹¹

Assim, apresentam-se, como requisitos, a análise: da subsidiariedade; supletividade; compatibilidade; e da efetividade da tutela jurisdicional³⁹² vs. a eficiência processual³⁹³. Entrando na observação específica dos embargos de retenção por benfeitorias, para observar esses elementos, é pertinente analisar a legislação do cumprimento de sentença, especificamente no que tange a impugnação ao cumprimento de sentença:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 10. Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz.

As disposições genéricas destacadas da impugnação cabível, em hipótese de direito de retenção, dialogam com o que se verifica no art. 917 do Código de Processo Civil para o regramento dos embargos de retenção por benfeitorias. Se por um lado, nos embargos, é lícito ao executado apresentar os embargos de retenção por benfeitorias, por outro, no cumprimento

³⁹¹ BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional?. *RBDPro*, v. 29, n. 115, jul./set. 2021, p. 33-53. 2021. p. 46-47.

³⁹² “O princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material (daí, o surgimento das tutelas executiva e mandamental). Em todas essas hipóteses, entram em cena elementos típicos da tutela jurisdicional, inexistentes no plano do direito material, preocupado este apenas com reger a conduta dos sujeitos de direito e suas relações em sociedade. No plano jurisdicional, importa fundamentalmente organizar o processo e melhor instrumentalizar a realização do direito material, para alcançar-se a justiça do caso.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, n. 3, 2005. p. 192.

³⁹³ “Eficiência pode ser conceituada como o melhor exercício das missões de interesse público e coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico com os menores gastos, custos e desgastes possíveis, tanto para o Estado (incluindo mas não se limitando ao aspecto financeiro), quanto para as garantias e os direitos dos jurisdicionados”. REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 15, n. 30, p. 97-110, 2013. p. 98. Especificamente no que tange a eficiência processual: “É diante dessa realidade que surge o princípio da eficiência processual, o qual atua sobre a maneira de condução do processo. Seu estado ideal de coisas consiste na necessidade de um sistema processual no qual os juízes conduzam o procedimento de forma satisfatória, por meio de uma gestão racional e adequada, com adaptação às peculiaridades do caso em questão, evitando-se medidas desnecessárias e com a criação de mecanismos não previstos em lei, sem erros ou deficiências com a realização das finalidades do processo. Enfim, a eficiência processual determina uma qualidade no agir do juiz”. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. 2017. p. 71. Em mesmo sentido: HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 211-239, 2010.

de sentença, é lícito apresentar defesa fundada em inexecuibilidade de título, precisamente o que o direito de retenção faz: impede que, em processo possessório, se proceda à execução da obrigação de dar. O §10 igualmente se aproxima de previsão dos embargos de retenção: a possibilidade de imissão na posse mediante caução (art. 917, §6º). Como ponto que falta à impugnação ao cumprimento de sentença há o §5º do art. 917, que permite, na execução, que o executado compense o valor a receber de benfeitorias com o dos frutos ou dos danos devidos.

Percebe-se, portanto, que dentro dos elementos elencados para o transporte de fontes existe a subsidiariedade, a supletividade e a compatibilidade. Isso não significa que o transporte das técnicas deve ser feito, visto que ainda há de se fazer a análise da eficiência do processo e efetividade jurisdicional.

Para esse ponto faz-se pertinente a observação do regramento específico da obrigação de entregar coisa do Código de Processo Civil, que estabelece, por lei, que o direito de retenção e que a existência de benfeitorias devem ser alegadas durante a fase de conhecimento, especificamente na contestação (art. 538, §§1º e 2º). Essa leitura faz compreender que há uma preclusão da alegação do direito de retenção em juízo, contudo, há especificidades de casos em que essa preclusão não se dá, e a análise parte da verificação da eficiência vs. efetividade. De plano, é mais eficiente e eficaz apresentar o direito de retenção na contestação, contudo, tomando por exemplo o caso da venda *a non domino*³⁹⁴, ou de justo título ineficaz e adquirente de boa-fé, o debate judicial seria centrado em desvelar quem é o verdadeiro dono da coisa, sendo consequência secundária a obtenção da posse. Exigir uma defesa que a parte sequer considera defesa é impor ônus desarrazoado a essa parte em momento inoportuno do processo.

Considerando o privilégio da efetividade da tutela em desfavor da eficiência³⁹⁵, e a perspectiva da efetividade de ser uma instrumentalização mais adequada para melhor realização do direito³⁹⁶, esse seria um caso em que seria possível o transporte de técnicas e que o regramento constante no art. 538 do Código de Processo Civil deveria ser flexibilizado para melhor atender ao direito material (efetividade da tutela jurisdicional).

³⁹⁴ “A venda *a non domino* é aquela realizada por quem não é o proprietário da coisa e que, portanto, não tem legitimação para o negócio jurídico. Soma-se a essa condição, o fato de que o negócio se realiza sob uma conjuntura aparentemente perfeita, instrumentalmente hábil a iludir qualquer pessoa.” REsp nº 1.473.437 - GO (2011/0158589-9); Relator: Min. Luis Felipe Salomão; Quarta Turma; Data de Julgamento: 07/06/2016.

³⁹⁵ BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional?. *RBDPro*, v. 29, n. 115, jul./set. 2021, p. 33-53. 2021. p. 46-47.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, n. 3, 2005. p. 192.

Sob o prisma da preclusão do direito, isso também é viável. A preclusão consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pela ocorrência de um limite estipulado por norma.³⁹⁷ Esse conceito corresponde a perspectiva da *prozessualische Überholung*, designada pela lógica de uma “oportunidade processual ultrapassada, isto é, de atividade que, por não haver sido exercitada *opportuno tempore*, já se acha ultrapassada”³⁹⁸.

Há de se destacar, contudo, que a preclusão não se confunde com a coisa julgada, conforme:

Entre os efeitos da coisa julgada, figura o de produzir uma determinada modalidade de preclusão, sem que fique excluída a produção de efeito análogo por outras causas, isto é, por outras situações diferentes da *res iudicata*. A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz.³⁹⁹

Observando essa questão em relação à impugnação ao cumprimento de sentença em processo de conhecimento com direito de retenção, a sentença definitiva, na hipótese elencada, *e.g.*, da venda *a non domino*, os apontamentos sobre o direito de retenção seriam capazes de influir o juiz. Não especificamente quanto ao mérito, mas quanto à exequibilidade incondicionada da sentença. Ante a esse critério, não aparenta que há uma eficácia preclusiva da coisa julgada. Em complemento, há de se considerar que, no exemplo em tela, as benfeitorias não seriam componentes da causa de pedir⁴⁰⁰. Nesse sentido, cabe o destaque: “A limitação da eficácia preclusiva da coisa julgada somente às alegações formuladas pelo autor que se relacionem com a causa de pedir da ação se apresenta como a solução mais adequada ao modelo brasileiro de tríplice identidade da demanda.”⁴⁰¹.

A causa de pedir se divide na causa de pedir remota (fatos constitutivos do direito ou que denotem violação ou ameaça ao direito) e próxima (fundamentos jurídicos), cumprindo compor, para fundamentação do pedido, a obrigação decorrente (*causa petendi* ativa), e a

³⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto processuale Civile*. v. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. p. 232.

³⁹⁸ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Imprensa: Rio de Janeiro, Ed. Jurídica e Universitária, 1969. p. 11.

³⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: *Revista Forense Comemorativa 100 Anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 195.

⁴⁰⁰ “Como diz Liebman, a ‘*causa petendi*, ou causa da ação, é o seu fundamento jurídico’. O que a constitui são os fatos jurídicos com que o autor fundamenta seu pedido. Trata-se, portanto, habitualmente, ‘do fato constitutivo da relação de direito de onde o autor deduz sua pretensão, juntamente com o fato que dá lugar ao interesse de agir’. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 35.

⁴⁰¹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Teses Jurídicas Prejudiciais: a ampliação dos limites da coisa julgada enquanto fundamento e técnica otimizador de julgamentos por amostragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016. p. 47.

ausência da prestação do réu (*causa petendi* passiva). Quanto aos fundamentos jurídicos, cabe a identificação (ônus) do dispositivo normativo adequado ao caso.⁴⁰²

Quanto a *causa petendi*, cabe o destaque de que poderia ocorrer uma demasiada imposição às partes, excedendo a capacidade de diligência.⁴⁰³ Nesse sentido:

Se entendido que todos os fatos constitutivos de um direito já analisado integrariam a demanda, a eficácia preclusiva da coisa julgada impediria, na hipótese de improcedência, que voltasse o autor a juízo com base em outros fatos que, anteriormente, não pode ver apreciados.⁴⁰⁴

Observadas essas perspectivas, verifica-se, para o caso, a questão da quebra ou revisão da estabilidade trazida pela preclusão. Quanto a isso, destaca-se:

A continuidade jurídica pretende manter a duração das cadeias de vínculos de forma a preservar a estabilidade e emprestar uma relativa previsibilidade ao tráfego jurídico; o dinamismo do modelo aqui proposto, partindo da segurança-continuidade, fomenta a coerência e constância sistêmica no tempo. Não obstante, com o transcurso da vida, novos dados, novos elementos, novos conhecimentos sobre circunstâncias anteriores vão sendo obtidos e devem ser de alguma maneira acomodados no sistema. Estes novos elementos por vezes introduzem alguma medida de inconsistência ou incoerência, sobretudo quando são interferentes em posições estáveis. Portanto, o sistema deve possuir instrumentos para oferecer espaço para essa acomodação, fomentando mudanças cujo impacto seja o menor possível.⁴⁰⁵

Essa hipótese corresponderia ao caso, a exemplo, da aquisição *a non domino*, ou de justo título ineficaz e adquirente de boa-fé, em que o debate judicial seria centrado, inicialmente, na determinação do verdadeiro dono da coisa. Desse modo, por não estar a posse e os direitos que dela derivam em primeiro plano desde o princípio, não há como exigir da parte uma postulação dos direitos de retenção sobre benfeitorias desde a contestação, momento em que, nos exemplos, há a convicção desse possuidor de que é proprietário, centrando tanto o processo quanto sua defesa nesse prisma. Esse panorama é complementado pelo que analisa da *causa petendi*, de modo que na propositura da ação em que o debate se centra sobre propriedade, conquanto a posse seja uma consequência, o cerne do pedido e da causa de pedir está em se ver reconhecido como dono da coisa. Na defesa, no cenário levantado hipoteticamente, igualmente o réu se vê como dono da coisa e crê ter o justo título para

⁴⁰² SIQUEIRA, Tiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada. Objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 142-143; 148-150.

⁴⁰³ SIQUEIRA, Tiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada. Objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 139.

⁴⁰⁴ SIQUEIRA, Tiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada. Objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 139.

⁴⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 601-602.

havê-la, colocando a defesa possessória do direito de retenção como preclusivo no momento da contestação como um ônus demasiado ao réu.

Como regra de admissibilidade, é reconhecido o regramento do art. 966 do Código de Processo Civil como marco para o estabelecimento dos limites de quebra ou revisão da estabilidade. Em se tratando de uma situação de caráter excepcional, e não havendo regramento próprio, admite-se interpretação extensiva do art. 966 do Código de Processo Civil na análise processual da quebra ou revisão da estabilidade. Essa interpretação extensiva do art. 966 do Código de Processo Civil pode ser verificada como uma importação de uma técnica processual. Ainda que haja a compreensão da vedação da ampliação do escopo do dispositivo por interpretação analógica, não se verifica propriamente uma “interpretação por analogia” e “ampliação do escopo”, mas a utilização das margens existentes do art. 966 do Código de Processo Civil para a delimitação prática da da quebra ou revisão da estabilidade da preclusão.⁴⁰⁶

Cabe, portanto, observar o que pode ser considerado como um “novo elemento” capaz de alterar a estabilidade. Tem-se o caso dos fatos novos supervenientes, que permitem o reexame por escaparem os limites objetivos da *causa petendi* ou por se enquadrarem fora dos limites temporais prescritos pelo art. 505 do Código de Processo Civil. Essa via encontra previsão legislativa no art. 493 do Código de Processo Civil.⁴⁰⁷

Outro ponto seria o da “prova nova”, que encontra previsão no inciso VII do art. 966 do Código de Processo Civil. Essa “prova” não consiste necessariamente em um elemento probatório produzido após a decisão que se pretende atacar a estabilidade, sendo distinta de uma “prova posterior”. Desse modo, permite-se que a “prova nova” seja elemento já existente, que, se apresentada, poderia ser capaz de assegurar-lhe pronunciamento favorável. O que há de “novo” na prova é a apresentação, que se permite em momentos em que a prova não poderia mais ser apresentada por inviabilidade de consideração pelo juízo, independentemente do trânsito em julgado. Há de se seguir, contudo, a previsão do inciso VII do art. 966 do Código de Processo Civil como regra para a apresentação da prova, devendo ser elemento probatório cuja existência o autor ignorava ou de que não pôde fazer uso.⁴⁰⁸

Retomando a análise do caso concreto (Recurso Especial nº 1.782.335 - MT), o acórdão recorrido determinou que:

⁴⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 602-603.

⁴⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 617.

⁴⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.p. 618-619.

“Assim, se não houve, na fase de conhecimento, questionamento e discussão da matéria arguida nos embargos do executado (retenção de benfeitorias), é lícito discuti-la na fase de execução, nos termos do art. 744 do Código de Processo Civil, sem que se possa falar em preclusão”

Reformando o acórdão, decidiu o STJ sobre o caso:

“19. Por oportuno, convém acrescentar que, não pleiteado o direito de retenção no momento oportuno – frise-se, quando da apresentação da contestação –, operou-se a preclusão quanto a essa prerrogativa, circunstância que impede, igualmente, a propositura de ação autônoma para o mesmo fim”

No caso, o debate se concentrava sobre a vigência da lei processual (Lei nº 11.382 de 2006), visto que o processo foi protocolizado em 2003, tendo, por fim, entendido o STJ que essa discussão não era relevante para a determinação da impossibilidade da apresentação de defesa de direito de retenção em cumprimento de sentença, determinando que não teria sido a Lei nº 11.382 de 2006 que estabeleceu essa impossibilidade, mas na realidade a Lei nº 10.444 de 2002.

A alteração que teria promovido essa mudança encontra-se no art. 4º da referida lei, em que consta:

“Art. 4º. O art. 744 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a integrar o Capítulo III do Título III do Livro II, vigorando seu caput com a seguinte redação: "Art. 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias.”

A consequência processual do entendimento firmado foi de ocorrência da preclusão, conforme:

21. Dessa maneira, no particular, o recebimento da petição protocolada pelos recorridos – por eles denominada “embargos à execução de título executivo judicial/ação de retenção por benfeitorias” –, é inadmissível quer se considere tratar de embargos à execução, quer se considere tratar de ação autônoma visando à retenção.

22. Finalmente, insta salientar que o reconhecimento da preclusão do pedido de retenção não impede que os recorridos pleiteiem, em ação própria, a indenização pelo valor das benfeitorias implementadas no imóvel do qual foram desapossados.

Ocorre que essa modificação promovida pela Lei nº 10.444 de 2002, tal qual as modificações da Lei nº 11.382 de 2006, não efetivamente obstam uma defesa em fase de cumprimento de sentença, observando a teoria da importação de técnicas. O que há de óbice normativo é o art. 538 do atual *codex*, de modo que um impedimento em termos de normas apenas foi introduzido no sistema em 2015. Contudo, pela fundamentação do acórdão e o que consta no voto da referida decisão do STJ, é possível observar que mesmo a alteração promovida pelo atual Código de Processo Civil não é um impedimento absoluto.

Nesse sentido, há de se observar o 9º e o art. 10 do Código de Processo Civil, que dispõem a obrigatoriedade de ouvir a parte antes da prolação de uma decisão contrária a ela e o impedimento de decisão em fundamento que não se tenha dado oportunidade de manifestação. A coisa julgada, inclusive, só se forma com o efetivo e prévio contraditório, nos termos do inciso II, do §1º do art. 503 do Código de Processo Civil.⁴⁰⁹

No caso em tela, identifica-se uma defesa do réu justamente no sentido de não ter sido possível o contraditório efetivo quanto ao direito de retenção durante a fase de conhecimento. Em razão da natureza do processo (anulação de negócio jurídico imobiliário por assinaturas falsas), é possível identificar que, para o réu, havia a crença de aquisição em concordância com as determinações legais (situação de justo título ineficaz), de modo que a defesa, no início do processo, não necessariamente estaria centrada em questões possessórias, mas, tal qual se verifica, elementos contratuais e de direito de propriedade.

Assim, bem como na venda a *non domino*, o caso do justo título ineficaz, a exemplo, correspondem à situação em que o regramento do art. 538 do Código de Processo Civil não se aplica. A decisão do STJ não é precisa ao tratar o tema como exaurido, especialmente em razão da Lei nº 10.444 de 2002 (igualmente não é pela Lei nº 11.382 de 2006). De fato a regra extraída pelo atual *codex* é de que, no processo de conhecimento, o momento adequado de apresentação do direito de retenção é a contestação, contudo, existem situações em que não há de se falar em preclusão no caso de não alegação do direito de retenção a esse tempo. Nessa situação, visto que essa defesa se dará no cumprimento de sentença, é plenamente cabível a importação das técnicas existentes na execução, especificamente no que tange os embargos de retenção por benfeitorias. Assim, para determinar a ocorrência da preclusão ou a impossibilidade da retenção no cumprimento de sentença é necessário observar essas outras questões como a própria fixação da estabilidade, a *causa petendi* e a possibilidade de quebra da estabilidade da preclusão, caso essa se dê, na fase do cumprimento de sentença.

⁴⁰⁹ SIQUEIRA, Tiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada. Objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 530.

CONCLUSÃO

O direito de retenção existe desde o Direito Romano, consistindo na faculdade de reter coisa alheia que fosse obrigado a entregar em razão de créditos com o proprietário por conta de benfeitorias realizadas na coisa. No Brasil, o direito de retenção apareceu desde a independência brasileira com as Ordenações Filipinas (Livro 4, Título 54, §1º), seguindo regramento similar ao que se tinha no Direito Romano.

O procedimento referente ao direito de retenção foi muito alterado no Código de Processo Civil de 2015. Com a introdução do art. 538, efetivamente ocorreu o impedimento de apresentação de defesa de direito de retenção no cumprimento de sentença, não tendo essa “reforma” ocorrido nas Leis nº nº 10.444/2002 ou na Lei nº 11.382/2006. Assim, os embargos de retenção por benfeitorias ficam, a princípio, restritos ao processo de execução. Contudo, verifica-se que é possível a importação das técnicas dos embargos de retenção por benfeitorias para o processo de conhecimento, não ocorrendo, necessariamente, a preclusão do direito de retenção no caso de não apresentação da defesa na contestação.

É mister a observação do caso concreto das condições de defesa e da *causa petendi* para avaliar se o momento da contestação de fato era o “quando” adequado a se exigir a colocação do direito de retenção. Não sendo, é cabível transpor o que preconiza o art. 917 do Código de Processo Civil sobre os embargos de retenção por benfeitorias tanto para a defesa do réu quanto para as medidas cabíveis para o autor da ação.

Quanto às medidas cabíveis para o autor da ação, verificou-se que é possível a realização de negócios jurídicos processuais no âmbito da execução e do cumprimento de sentença. Ainda, é possível a aplicação das *astreintes* contra o retentor quando ocorrida a imissão na posse por via §6º do art. 917 do Código de Processo Civil.

Quanto ao procedimento recursal dos embargos de retenção por benfeitorias, verificou-se que é cabível o pedido de tutela de urgência e de evidência nos embargos de declaração. No caso da evidência, é necessária a comprovação de alto grau de certeza do débito, exigibilidade e liquidez, e o caráter da posse ao tempo das benfeitorias (posse de boa-fé). Quanto a urgência, deve ser seguido o que preconiza o art. 300 do Código de Processo Civil.

Nos elementos da urgência, a própria execução (entrega da coisa) já é em si um potencial risco, visto que uma vez que a coisa foi entregue o direito de retenção em si já está frustrado e há um risco para a não satisfação da indenização das benfeitorias. A probabilidade do direito é

comprovada em mesmo sentido da tutela de evidência: correspondendo aos requisitos do direito de retenção.

Na amplitude do direito de retenção, verificou-se que há o direito de retenção na hipótese da *exceptio non adimpleti contractus*. Os embargos de retenção por benfeitorias são cabíveis para defesa do réu em hipótese da *exceptio non adimpleti contractus*, desde que existentes os requisitos tanto da *exceptio non adimpleti contractus* quanto do direito de retenção, seguindo o regime jurídico de direito obrigacional, a caracterização das benfeitorias, e os requisitos do art. 1.219 do Código Civil para a avaliação da existência do direito de retenção.

Em análise do direito de retenção propriamente dito, este tem natureza pessoal, em razão da taxatividade do rol do art. 1.225. Contudo, é um direito que tem oponibilidade *erga omnes*. Isso significa que independentemente de quem for o proprietário a retenção se mantém, se sustentando mesmo em caso de venda *a non domino* ou no caso de alienação pelo proprietário em débito em relação às benfeitorias.

O requisito da apresentação do direito de retenção, seja nos embargos de retenção por benfeitorias ou em contestação no processo de conhecimento, é a existência de benfeitoria útil ou necessária realizada por possuidor de boa-fé. É irrelevante se o possuidor é de boa-fé ou de má-fé no momento da defesa, desde que quando tenha feito as benfeitorias as tenha feito como possuidor de boa-fé, dado que, conforme os arts. 1.219 e 1.220 do Código Civil, apenas o possuidor de boa-fé tem direito de retenção sobre as benfeitorias úteis e necessárias.

Assim, o que deve ser avaliado no caso concreto nos embargos de retenção por benfeitoria (ou em sentença no processo de conhecimento) é a boa-fé no momento da realização das benfeitorias. A ocorrência da *intersersio possessionis* da posse de boa-fé em posse de má-fé cessa o direito relativo às benfeitorias enquanto de má-fé. Contudo, se realizou benfeitorias enquanto possuidor de boa-fé, tem direito de retenção sobre essas.

Não se perde o direito das benfeitorias que realizou enquanto possuidor de boa-fé, mas, perde-se o direito, seja de retenção (benfeitorias necessárias) ou de indenização e retenção (úteis e voluptuárias) quando feitas como possuidor de má-fé. Assim, altera-se tanto o *quantum* a ser pago pelo proprietário (perda do direito de indenização) quanto o valor de caução previsto pelo §6º do art. 917 do Código de Processo Civil (perda do direito de retenção), contudo, ainda que apresentando os embargos de retenção por benfeitorias enquanto possuidor de má-fé, se fez benfeitorias úteis ou necessárias enquanto possuidor de boa-fé, terá direito à retenção por essas.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. *Manual de execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Maria de Fátima. Abrigo jurídico da posse e os instrumentos atípicos para sua proteção. *THEMIS: Revista da Esmecc*, v. 12, p. 415-454, 2016.
- ANDRIGHI, Fatima Nancy. Do contrato de depósito. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- ANTOLINI, Daniela Salhenaves; SELL, Cleiton Lixieski; HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol. A (in) possibilidade de indenização decorrente da realização de benfeitorias em imóveis urbanos locados e o direito de retenção. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*, v. 2, n. 2, 2014.
- ARANEGA, Guilherme Francisco Seara; DE VASCONCELOS, Michel Vieira. O efeito modificativo dos embargos de declaração e o CPC de 2015. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 2, n. 28, 2018.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ASSIS ZANINI, Leonardo Estevam de; OLIVEIRA, Celso Maran de. Breves considerações sobre as servidões prediais no Código Civil de 2002. *Revista de Derecho Privado*, n. 37, p. 339-360, 2019.
- BARASSI, Lodovico. *Diritti reali e possesso*. v. 2. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, 2003.
- BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- _____. *Do contrato. Teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense. 1987.
- _____. *Da posse*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. 2019. 239p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

BITTAR, Eduardo C.B.; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo, Atlas. 2019.

BOHRA, Madhavi. Relevance of Fredrick Karl Von Savigny's Theory in Contemporary Era. *SSRN Electronic Journal*, 2020.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de Retenção Por Benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOȚIC, Sebastian. Animus possidendi: reflectii asupra naturii elementului intențional al posesiei. *Revista Română de Drept Privat*, n. 01, p. 399-421, 2019.

BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional?. *RBDPro*, v. 29, n. 115, jul./set. 2021, p. 33-53. 2021.

BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo; CAPELOTTI, João Paulo. O percurso da posse e da propriedade no Brasil: das sesmarias aos conceitos contemporâneos. In: *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n. 16, jan/jun 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CABRERA, Juan E.; QUINTANILLA, Claudia; CABRERA, Limbert. El mercado informal de suelo en Bolivia: prácticas y estrategias alrededor de la gestión de la tierra en áreas periféricas de Cochabamba. *Lincoln Institute of Land Policy*. 2022.

CALDAS, Felipe Ornelas. A Execução de Título Extrajudicial sobre a qual se Aplicam as Regras da Provisória Exequibilidade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 54, p. 40-73, abr.-jun. 2011.

CALIL, Grace Mussalem. Ações Possessórias. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 11, n. 09, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense: 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova. o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo. n. 31. 2005.

_____. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos*, v. 2, n. 1, p. 84, 2016.

CARDOSO, Nathália Schulz; TAMAOKI, Fabiana. Os princípios fundamentais da execução civil. *Revista Jurídica UniFCV*. v. 2, n. 1, 2019.

CARDOSO, Patricia Silva. Os direitos reais e a Lei n. 11.481/07: reflexões sobre a funcionalização do regime da propriedade pública. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 1, p. 404-432, 2016.

CARPES, Artur. *O ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro: proposta de sistematização*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2011.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. 2017.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COCKBURN, Julio Calderón. El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *PLURIVERSIDAD*, n. 3, p. 45-64, 2019.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. Exceção do Contrato não Cumprido e os Contratos de Compra e Venda à Vista. *Revista Direito Civil*, v. 2, n. 2, p. 86-107, 2020.

COUTINHO, Leonardo Augusto Nunes. As astreintes e sua importância no regime da tutela específica. *THEMIS: Revista da Esmec*, v. 4, n. 1, p. 145-159, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto processuale Civile*. v. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

CHROUST, Anton-Hermann. Aristotle's Conception of Equity (Epieikeia). *Notre Dame Law Review*, v. 18, n. 2, 1942.

CRAWFORD, Michael John Rooke. *An expressive theory of possession*. Tese (Doutorado em Filosofia) Melbourne Law School - University of Melbourne. Melbourne, p. 347. 2020.

DA ROCHA FILHO, Almir Porto. Usucapião. *Revista de Ciência Política*, v. 28, n. 1, p. 47-88, 1985.

D'AGUANNO, Giuseppe. *La génesis y la evolución del derecho civil segun los resultados de las ciencias antropológicas é histórico-sociales*. v. 1. Madrid: La España Moderna, 1893.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil III. Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Boa-fé e posse injusta. uma análise acerca da independência entre os vícios da posse. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 37, n. 1, p. 24-45, 2013.

_____. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 197, p. 29-50, 2013.

_____. Toda posse ad usucapionem é uma posse injusta. *civilistica. com*, v. 5, n. 1, p. 1-33, 2016.

DE AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Proteção da boa-fé subjetiva. *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 126, p. 187-234, 2012.

DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *O terceiro de boa-fé. proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. v 2. São Paulo: Malheiros, 2020.

DE ARAÚJO, Fábio Caldas; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. o princípio da concentração e a aquisição a non domino. Reflexões sobre a Lei 13.097/2015. Evolução histórica e direito comparado. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 1, n. 22, p. 396-416, 2020.

DE CAMPOS, Gledson Marques. *Execução para entrega de coisa certa e incerta*. 485p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

DE CASTRO, Karina Pinheiro. O convallescimento da posse precária nas modalidades extraordinárias de usucapião. In: MARCÉN, Ana Gascón; GALLARDO, Aurelio Barrio; BEZERRA, Eudes Vitor; CALVO, Javier Martínez; TAVARES, Silvana Beline. *Direito civil, de família e constitucional e gênero, sexualidades e direito*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado. Direito das coisas: posse*. 2. ed. v. 10. Campinas: Bookseller, 2000.

DE PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares. Elementos gerais da usucapião. *Revista de Direito Privado*. vol. 104/2020. p. 147-168. mar-Abr/2020.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. v. 3. Curitiba: Guaíra, 1948.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. v. 4. Curitiba: Guaíra, 1948.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2020.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 4. São Paulo, Malheiros, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOS SANTOS, João Paulo Marques. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações possessórias. In: LOURENÇO, Haroldo; DA SILVA, Larissa Pochmann. *Solução de conflitos e instituições jurídicas*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.

DOS SANTOS, Jose Augusto Lourenço. A transformação da posse precária em posse Ad usucapionem pela inversão do título da posse. *Revista Jurídica*, v. 60, n. 412, 2012.

DUQUESNE, Joseph. Exame crítico da teoria possessória de Ihering. Teoria objetiva e teoria subjetiva. In: IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007.

ERNST, Wolfgang. Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian. *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*. Berlin, 1998.

ESMEIN, Adhémar. Theories de la Possession en Allemagne. *Nouv. Rev. Hist. Droit Français & Etranger*, v. 1, p. 489-500, 1877.

ESTRELLA, Hernani. O Código Comercial no Século. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 1, n. 3, 1951.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Reais*. v. 5. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito Civil. Contratos*. v. 4. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Allan Ramalho. Informalidade fundiária, insegurança da posse e despejos forçados no Rio de Janeiro: por uma resposta pelo microssistema protetivo urbanístico. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*, n. 5, 2017.

FERREIRA, Gabriela Macedo. Fraude à execução e os negócios jurídicos imobiliários: a prova da boa-fé do terceiro adquirente no Código de Processo Civil de 2015. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 375-401.

FERRETTI, Paolo. Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo. In: FERRETTI, Paolo; FIORENTINI, Mario. *Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura e società. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità*. Trieste: EUT Edizioni Università di Trieste, pp. 11-36. 2020.

_____. Acquisito a non domino da parte del servus fugitivus: un rincorrersi tra regole ed eccezioni. *Cultura giuridica e diritto vivente*, v. 7. 2020.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

- FREITAS, Augusto Teixeira de. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1945.
- FURTADO, Gabriel Rocha. O direito comum das situações jurídicas patrimoniais. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 3, 2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos em Espécie*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. 19. ed. Madrid: Siglo XXI, 2017.
- GARNSEY, Peter. *Thinking About Property. From Antiquity to the Age of Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONZÁLEZ, José Alberto. O princípio do contraditório na restituição provisória da posse: breve linha evolutiva histórica e regime actual. *Lusitana. Direito*, n. 8/9, p. 51-81, 2011.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Imprensa: Rio de Janeiro, Ed. Jurídica e Universitária, 1969.
- GRECO, Leonardo. Os meios de defesa na execução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, 2021.
- GUANDALINI, Walter. Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano. *Seqüência (Florianópolis)*, n. 70, p. 163-187, jun. 2015, p. 163-187, 2015.
- GUEDES, Jéfferson Carús. Desapropriação da posse no direito brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 1, n. 1, p. 53-82, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GUIMARÃES, Octávio Moreira. Da posse e seus efeitos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 44, p. 45-50, 1949.
- HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 211-239, 2010.
- HIERRO, José Manuel Fernández. La «exceptio non adimpleti contractus». *Estudios de Deusto*, v. 43, n. 2, p. 71-89, 1995.
- HOEFLICH, Michael H. Savigny and his Anglo-American disciples. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, n. 1, p. 17-37, 1989.
- IHERING, Rudolf von. *Posse e interditos possessórios*. São Paulo: Progresso, 1959.

_____. *Teoria simplificada da posse*. Campinas: Russell Editores, 2005.

_____. *Fundamento dos interditos possessórios*. Bauru: EDIPRO, 2007.

JELLAMO, Anna. Alle radici del principio suum cuique tribuere. *Revista Hypnos*, n. 23, 2009.

JOBIM, Marco Félix; TESSARI, Claudio. A confusão terminológica dos capítulos de cumprimento da sentença e processo de execução do CPC. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 22, n. 2, 2021.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LARROUCAU TORRES, Jorge. Acciones reales y estándares de prueba. In: *Revista Ius et Praxis*, Talca, Año 21, No 2, 2015, pp. 109-160.

LEMONS, Rafael Diogo; OLIVEIRA JUNIOR, Vicente de Paulo Augusto. Standards probatórios no mandado de segurança—critérios para apreciação da verdade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 1, 2022.

LEVENZON, Fernanda et al. La función social de la propiedad en términos de derechos humanos: implicaciones para la reforma del Código Civil. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 13, n. 1,, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Fonte das obrigações. Contratos*. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

_____. *Fonte das obrigações. Contratos*. v. 4. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

LUSTOSA, Paulo Franco. O paradoxo das astreintes. *Revista de Direito da ADVOCEF*, v.1. n. 6, mai/2008. p. 139-168. 2008.

MACCORMACK, Geoffrey. Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, n. 14, p. 71-96, 1972.

MACIEL, Stella Economides. *As astreintes como mecanismo de alcance da efetividade processual*. 2016. 194p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência. Soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Bruno Pereira. Breve roteiro das ações possessórias no Novo Código de Processo Civil. In: PIAU, Layanna. MAZZEI, Rodrigo. *Tutela jurisdicional dos direitos reais e da posse*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 267-307.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MARTINS, Ana Cristina Uchôa. Astreintes: instrumento garante da efetividade processual. *Revista da Esmafe*, v. 16, p. 159-194, 2007.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento Antecipado: Perspectivas para sua aplicação no Direito Brasileiro. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

MASTRODI, Josué; BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4, p. 1527-1554, 2015.

MAZZEI, Rodrigo. Tutela provisória recursal em sede de embargos de declaração. In: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. OLSEN, Marco Antônio Lopes. DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Temas atuais de Direito II. Estudos em homenagem aos 90 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Coleção grandes temas do novo CPC*, p. 657-676, 2015.

MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: DE ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento de sentença. Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. DE ARAÚJO, Fábio Caldas. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. PORTO, José Roberto Mello. *Posse e usucapião. Direito material e processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENCKE, Gottfried Ludwig. *Exercitatio inauguralis qua non dari servitutum altius tollendi contenditur eademque occasione de ratione aedificiorum Romanorum disseritur praeside*. literis Viduae Gerdesiae, 1724.

MESQUITA, Marina. O recurso de embargos de declaração no código de processo civil de 2015: hipóteses de cabimento. *Derecho y Justicia*, n. 5, p. 119-135, 2015.

MILAGRES, Marcelo Oliveira. A tutela indenizatória da propriedade pela responsabilidade e além dela. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, 2019.

MISONNE, Delphine; DE CLIPPELE, Marie-Sophie; OST, François. L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, v. 81, n. 2, p. 59-81, 2018.

MOLNÁR, Imre. *Der Haftungsmasstab des pater familias diligens im römischen Recht*. In: Vorträge gehalten auf dem 28. deutschen Rechtshistorikertag. Gerard Noodt Instituut, Nijmegen, pp. 23-31. 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: *Revista Forense Comemorativa 100 Anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTA, Mauricio; DE AZEVEDO TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 1, p. 249-324, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito—PPGDir./UFRGS*, n. 3, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. O Direito de Retenção por Benfeitorias no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 18, 2000.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro IV. Universidade de Coimbra.

PALÁCIO, Ticiany Gedeon Maciel. *Proteção ao terceiro de boa fé nas aquisições a non domino: estudo comparado Brasil-Portugal*. 2017. 183p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940.

PEREIRA, Marcelo Cláudio Bernardes. *Direito do proprietário do imóvel versus direito do terceiro de boa-fé: princípios e critérios que devem orientar a correta aplicação do artigo 1.247, parágrafo único, do código civil*. 2014. 147p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula tu quoque: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo. *Transformações contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 15, n. 30, p. 97-110, 2013.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *História do direito civil brasileiro. Ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contrato de adesão e cláusulas abusivas. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 352-360.

RODOVALHO, Thiago. *Cláusula arbitral nos contratos de adesão: contratos de adesão de consumo–contratos de adesão civis–contratos de adesão empresariais*. Coimbra: Almedina, 2019.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Teses Jurídicas Prejudiciais: a ampliação dos limites da coisa julgada enquanto fundamento e técnica otimizadora de julgamentos por amostragem*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Os Embargos de Retenção por Beneficiárias nas Ações Executivas 'lato sensu'. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 13, p. 97-101, 2004.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BASAN, Arthur Pinheiro. A imobiliária enquanto fornecedora de serviços na locação residencial. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 24, n. 132, p. 119-142, 2022.

ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo. O disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMOS, Ronal Eliseo Mamani. Controversia de Ihering y Savigny. *TEMIS: Repositorio de investigaciones formativas en Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Peru, 2021.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Da posse e das acções possessórias: segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canonico*. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C, Livreiros-Editores. 1883.

RODRIGUES, Manoel. *A posse. Estudo de direito civil português*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 1980.

RUIZ, Armando José Torrent. La posesión: del Derecho Romano al Derecho Civil actual. In: *Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*. p. 339-353. Madrid: Edisofer, 2001.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental. A filosofia antiga*. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. FRANK, Felipe. Revisitando os Direitos Reais a partir de sua interface com o Direito Obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 32, n. 63, p. 133-158, 2011.

SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. 2016. 322p. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 178, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de la possession en droit romain*. 2. ed. Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, Libraries-Éditeurs, 1870.

SAVIGNY, Friederich Karl von. ATARD, Rafael. *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908.

SCAGLIONE, Francesco. *Il comodato*. Giuffrè Editore, 2011.

SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio. Diritti reali*. 7. ed. v. 1. Módena: Direzione dell'Archivio Giuridico. 1899.

_____. *Istituzioni di Diritto Romano comparato al diritto civile patrio*. 7.ed. v. 2. Módena: Direzione dell'Archivio Giuridico, 1899.

SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *civilistica. com*, v. 6, n. 2, p. 1-25, 2017.

_____. Cláusulas limitativas ou excludentes do dever de restituir. Estudo a partir da releitura funcional dos efeitos da resolução. In: DE SOUZA, Eduardo Nunes; SILVA, Rodrigo da Guia. *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 663-700.

_____. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As teorias socioeconômicas da posse no Superior Tribunal de Justiça: aspectos materiais e aplicação processual. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 86-121, 2020.

_____. A usucapião especial urbana individual e coletiva pela interservio possessionis da tença precária em posse ad usucapionem pro morada, pro labore e pro misero. *Direito da Cidade*, v. 13, n. 4, 2021.

_____. A usucapião entre herdeiros como consectária da função social da posse e da propriedade. *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, v. 13, n. 30, 2021.

SIQUEIRA, Tiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada. Objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo; DE TARSO BRANDÃO, Paulo. Multipropriedade: entre a realidade e os direitos reais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 6, n. 2, p. 442-455, 2011. p. 444; 450.

SZNIFER, Fábio. A posse de boa-fé e de má-fé. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. n. 5. p. 817-863, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A equidade na filosofia do direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 11, n. 128, p. 88-92, 2012.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras reflexões sobre a execução de título executivo extrajudicial: do clássico ao contemporâneo. *Centro de Investigações de Direito Privado - Universidade de Lisboa*. n. 5, p. 1345-1359, 2016.

VAN RENSBURG, A. D. J.; VAN DER MERWE, C. G. Die aard van Besit en Die Animuselement Daarvan. *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, v. 41, p. 113-130, 1978.

VEIGA JUNIOR, Didimo Agapito da. *As servidões reais. Estudo de direito civil*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1887.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Direitos Reais*. 4. ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2004.

VERMOND, Edmond. *Théorie générale de la possession en droit romain*. Paris: L. Larose, 1895.

VIEIRA, Adriano Barreto; SILVA, Ricardo Cohim. A (im) possibilidade de usucapião na posse injusta. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 136, 2011.

ZWITSER, Richard. El derecho de retención en el nuevo Código civil holandés. *Revista de Derecho Privado*, n. 2, p. 89-109, 2002.