

Algomiro Carvalho Júnior

**O direito de retenção nos casos em que credor
e proprietário da coisa são pessoas diferentes**



VERBO JURIDICO®

O direito de retenção nos casos em que credor e proprietário da coisa são pessoas diferentes

Algomiro Carvalho Júnior

Advogado

Mestrando em ciências jurídicas pela Universidade de Lisboa.

Introdução: O presente trabalho tem por objetivo fazer a análise da aplicação do direito de retenção em caso singular. O título já nos exemplifica este caso, ou seja, quando credor e proprietário da coisa são pessoas diferentes entre si. Geralmente, o credor do recebimento da coisa que se encontra retida é também seu dono, porém, há casos em que haverá a diferença dessas pessoas, não sendo, o credor, aquele que entregou a coisa, o real proprietário da mesma. Podemos, ainda, vislumbrar uma rápida diferenciação do instituto entre os direitos português e brasileiro.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos reais. 2.1. Direitos reais de garantia. 3. Direito de retenção. 3.1. Evolução histórica. 3.2. Pressupostos do direito de retenção. 3.3. Natureza jurídica. 3.4. O direito de retenção em Portugal. 3.5. O direito de retenção no Brasil. 4. O direito de retenção nos casos em que credor e proprietário da coisa são pessoas diferentes. 5. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer a análise da aplicação do direito de retenção em caso singular. O título já nos exemplifica este caso, ou seja, quando credor e proprietário da coisa são pessoas diferentes entre si.

Geralmente, o credor do recebimento da coisa que se encontra retida é também seu dono, porém, há casos em que haverá a diferença dessas pessoas, não sendo, o credor, aquele que entregou a coisa, o real proprietário da mesma.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, será feita uma passagem pelo instituto dos direitos reais, para que possamos entender melhor o que é este direito de retenção, que se encontra normatizado junto a eles. Da mesma forma, dentro dos direitos reais, iremos encontrar os direitos de garantia, onde se enquadra o direito de retenção, nosso objeto de estudo.

Assim, após discorrermos sobre direitos reais e também direitos reais de garantia, passaremos ao estudo do direito de retenção, onde serão analisadas suas características, evolução histórica, pressupostos e também será feito um paralelo entre este direito no ordenamento luso-brasileiro.

Ao final, será analisado o estudo do tema proposto, o exercício do direito de retenção nos casos em que credor e proprietário da coisa sejam pessoas diferentes. Cumpre-nos ainda ressaltar, que o tema proposto será analisado numa perspectiva essencialmente lusitana, sendo que a aplicação prática deste estudo não poderá ser utilizado dentro do ordenamento brasileiro. Portanto, a base de comparação luso-brasileira servirá apenas a título de estudos do instituto do direito de retenção em si.

Para a realização do presente trabalho o método utilizado foi compilação bibliográfica, utilizando-se textos de autores brasileiros e portugueses, com pesquisa, ainda, em sítios da *internet*.

2. Direitos reais

O tema atinente ao presente trabalho é o direito de retenção. Como iremos perceber, trata-se o direito de retenção de uma garantia real. Mas, o que vem a ser uma garantia real?

A garantia real é uma espécie de direito real. Devemos então entender as generalidades que regem esse instituto, denominado direito real e também a garantia real, de modo a entendermos melhor o instituto do direito de retenção e suas particularidades.

Há, primeiramente, uma diferenciação entre a denominação direito das coisas e direitos reais, que deve aqui ser abordada.

A expressão direitos reais não abrange a magnitude que a matéria merece, abrangendo, apenas, a relação jurídica entre a pessoa e a coisa objeto de direito, excluindo-se, daí, objetos da disciplina direito das coisas, que não estão enumeradas nos rols de direitos reais.

Essa distinção nos esclarece o insigne jurista Sebastião José de Assis Neto

Destarte, a denominação *direitos reais* não abrange todo o objeto da disciplina, de forma que o legislador deve ter por preocupação o conteúdo material das questões tratadas. No caso específico, a relação do sujeito de direitos com as coisas é, de fato, o critério que fornece maior amplitude para emprestar à disciplina um nome.

Por isso, concordamos com a denominação dada pelo legislador, que deu à disciplina o nome *Direito das Coisas* e a subdividiu em títulos, tratando, no primeiro, a respeito da posse, e somente a partir do segundo, dos chamados *direitos reais*.¹

O vocábulo *reais*, da expressão direitos reais, deriva de *res*, coisa em latim. É possível perceber que, terminologicamente falando, não há diferença no vocábulo direitos reais e direito das coisas. Porém, o direito real é o poder jurídico, direto e imediato de uma pessoa sobre uma coisa, sendo, esse poder, oponível *erga omnes*. Todo aquele que não tenha direito sobre determinada coisa deve abster-se de prejudicar o exercício do autor sobre essa coisa.

¹ Curso Básico de Direito Civil, Volume III, p. 3, 2010.

Nas palavras de Luís da Cunha Gonçalves, direito real é

a relação jurídica que permite e atribui a uma pessoa singular ou coletiva, ora o gozo completo de certa coisa, corpórea ou incorpórea, incluindo a faculdade de alienar, consumir ou destruir, ora o gozo limitado de uma coisa, que é propriedade conjunta e indivisa daquela e de outras pessoas ou que é propriedade de outrem, com exclusão de todas as demais pessoas, as quais têm o dever correlativo de abstenção de perturbar, violar ou lesar, ou do respeito dos mesmos direitos.²

O direito real seria então a possibilidade de uso e gozo da coisa, da maneira prevista no ordenamento, uma vez que, para cada tipo de direito real, corresponde uma limitação ao uso dessa coisa. Um exemplo seria o usufruto, onde o titular do direito real de usufruto pode apenas usufruir da coisa, não podendo se desfazer da mesma, sendo que o direito de da coisa dispor, ficaria a cargo apenas do nu-proprietário.

Temos, ainda, que, os direitos reais são típicos, ou seja, não podem ser criados por vontade das partes. O rol de direitos reais já se encontra normatizado no ordenamento jurídico, não havendo que se falar em outros direitos reais fora do rol constante ou do artigo 1.225 do Código Civil brasileiro ou do artigo 1.306 do Código Civil português, e fora do próprio Código. Alguns direitos reais, como no caso do direito de retenção, no ordenamento brasileiro, não se encontra no rol dos direitos reais, mas se encontra normatizado dentro do ordenamento civil.

2.1. Direitos reais de garantia

São três os direitos reais: de gozo; de garantia; e de aquisição. O direito de retenção se traduz num direito real de garantia, de enorme importância no ordenamento português, porém de pouca valia no ordenamento brasileiro.

Veremos de maneira breve apenas as generalidades dos direitos reais de garantia, que é o que interessa para o presente trabalho.

O direito real de garantia se traduz num instrumento de eficaz para tornar válida determinada obrigação, uma vez que a garantia prestada é o próprio bem, servindo ele, por si só, para satisfazer a dita obrigação, de nada importando a situação futura em que o credor irá se encontrar.

Segundo Orlando Gomes, temos que o direito real de garantia

confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do

² Da Propriedade e da Posse, 53, 1952.

devedor. Os atributos de seqüela e preferência atestam sua natureza substantiva e real.³

Para Sebastião José de Assis Neto “o direito real de garantia é o que dá ao credor de algum crédito a prerrogativa de fazer valer seu direito pessoal sobre um bem específico do patrimônio do devedor”.⁴

Portanto, o direito real de garantia visa garantir uma obrigação, ficando a coisa ligada a essa obrigação, especificamente, traduzindo, dessa forma, uma maior tranquilidade pela satisfação da dívida ao credor.

3. Direito de retenção

Antes de adentrarmos ao tema, cumpre esclarecermos que o direito de retenção no Direito português tem uma importância diferente da conferida no Direito brasileiro.

No Direito português, como veremos, o direito de retenção é uma importante garantia da obrigação, onde se sobrepõe inclusive à hipoteca, ainda que registrada anteriormente à mesma. No ordenamento brasileiro, sequer temos capítulo específico que trate do direito de retenção, estando tal instituto espalhado em diversos artigos esparsos pelo Código Civil, diferentemente do Código português, que possui seção que trata especificamente da matéria.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves

Consiste o direito de retenção num meio de defesa outorgado ao credor, a quem é reconhecida a faculdade 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 ou de acessões por ele feitas.⁵

A professora Cláudia Madaleno define tal direito como

A faculdade conferida pela lei ao credor de continuar a detenção de uma coisa pertencente a outrem, para além do momento em que deveria satisfazer a respectiva entrega, se o crédito não existisse, e até a extinção desse crédito.⁶

O artigo 754 do Código Civil Português, diz que “o devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados”.

³ Direitos Reais, p. 378, 2004.

⁴ Curso Básico de Direito Civil, volume III, p. 289, 2010.

⁵ Direito Civil Brasileiro, p. 196, 2007.

⁶ A Vulnerabilidade das Garantias Reais, p. 79, 2008.

O direito de retenção não necessita de registro, por ser o poder jurídico direto e imediato de uma pessoa sobre uma coisa.⁷

No ordenamento português, o direito de retenção precede à hipoteca, mesmo que registrada anteriormente ao exercício deste direito. Conforme nos explica Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, apesar de não necessitar de registro, este direito possui uma publicidade que decorre da posse da coisa pelo retentor, permitindo, dessa forma, que as outras pessoas saibam da garantia.⁸

O direito de retenção consiste no princípio da equidade, de dar a cada um o que é seu. Conforme o insigne jurista Arnaldo Medeiros da Fonseca nos ensina

Seria, em realidade, injusto compelir o credor, pelo menos em certos casos, a entregar a coisa reclamada, sem a concomitante satisfação de seu crédito correspondente, privando-o assim da garantia natural decorrente da situação preexistente, e sujeitando-o a incômodos, despesas, incertezas e delongas de uma ação judicial, que poderia talvez vir a ser praticamente frustrada nos seus efeitos pela insolvência do devedor. Com isso contrariar-se-ia um princípio fundamental que deve reger toda atividade na esfera do direito, qual o de não colocar uma das partes em situação de inferioridade para com a outra: dar a cada um o que é seu.

Na equidade, portanto, visando manter o princípio da igualdade entre as partes e evitar todo injusto enriquecimento, encontramos, também nós, o fundamento do instituto que estudamos.⁹

Vaz Serra doutrina que

(...) quem pede a coisa, sem ter realizado a condição de que depende o nascimento, ou pelo menos o exercício do seu direito, ofende o réu, porque é fazer-lhe injúria o pedir em juízo sem razão; igualmente, quem pede a coisa sem reembolsar as despesas feitas pelo detentor para a conservação, ofende-o, porque a coisa está naquela condição apenas devido à despesa feita.¹⁰

Percebemos que o *ius retentionis* então é uma espécie de legítima defesa do patrimônio do credor, que irá garantir a satisfação da dívida, conquanto esteja em posse de bem do devedor, desde que observados determinados requisitos que acompanham a posse do bem retido.

⁷ A relação jurídica, assentada sobre o fato material do conserto de automóvel, não é uma relação de natureza estritamente pessoal, porém uma relação que se prende à coisa e se traduz numa obrigação *propter rem*, cuja peculiaridade consiste em vincular a coisa à responsabilidade pelo débito, ainda que mude o seu proprietário. Daí não ser de estranhar que a jurisprudência se tenha firmado no sentido de conceder o direito de retenção à oficina que consertou o automóvel, até o pagamento do preço do serviço e do material empregado na reparação. (RT, 511/137)

⁸ Direitos Reais, p. 498, 2009.

⁹ Direito de Retenção, p. 100, 1944.

¹⁰ Direito de Retenção, p. 146 e 147.

3.1. Evolução histórica

Historicamente, houve o instituto da *pignoratío* privada. Onde o credor atuando sobre as coisas do devedor, seria também um devedor da coisa e vice-versa.

Assim, a coisa era mantida em penhor até a efetiva satisfação da obrigação. Com a evolução do direito e a sua tendência à publicização, esse direito acabou por ser excluído, uma vez que essa *pignoratío* era uma manifestação da justiça privada.

Como assevera Carlos Roberto Gonçalves¹¹, o “*ius retentionis* surgiu e foi reconhecido como um instituto essencialmente baseado na equidade. Também no direito moderno continua ela a ser considerada pela doutrina como o fundamento do aludido direito”.

Como não poderia deixar de ser diferente, o direito de retenção tem suas raízes ligadas ao direito romano. Claro que o instituto sofreu diversas reformulações com o passar do tempo, até que se chegasse a sua atual configuração. Prova disso é a enorme discrepância do tema entre os ordenamentos civis brasileiro e português.

3.2. Pressupostos do direito de retenção

O Código Civil português apresenta, nos artigos 754 a 756 os pressupostos do direito de retenção. No ordenamento brasileiro, os requisitos são ditados pela doutrina.

O Código Civil português determina como pressupostos do direito de retenção, primeiramente, que deva haver uma conexão causal entre a coisa e o crédito a ser recebido. Essa conexão entre a coisa e o crédito pode resultar de despesas feitas pela coisa ou danos por ela causados, como por exemplo, o conserto de um veículo, onde a oficina mecânica, não recebendo o valor acertado pelo serviço prestado, poderá reter o aludido veículo, ou um acidente de carro, onde o acidentado poderá reter o veículo daquele que deu causa ao acidente para garantir o pagamento dos prejuízos causados, e ainda, de uma relação legal ou contratual, como percebemos no artigo 755, do ordenamento citado, que são os chamados casos especiais, onde não há, necessariamente, uma relação direta do crédito e da coisa, como o caso do albergueiro que pode reter as coisas levadas à pousada pelas pessoas albergadas.

O Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) já se manifestou dizendo que

O direito de retenção traduz-se no direito conferido ao credor, que se encontra na posse de coisa que deva ser entregue a outra pessoa, de não a entregar enquanto esta não satisfizer o seu crédito, verificada alguma das relações de conexidade entre o crédito do detentor e a coisa que deva ser restituída a que a lei confere tal tutela. (...) Trata-se de um direito real de garantia - que não de gozo -, em virtude da qual o credor fica com um poder sobre a coisa de que tem a posse, o direito de a reter, direito que, por resultar apenas de uma certa conexão eleita

¹¹ Direito Civil Brasileiro, p. 197, 2007.

pela lei, e não, por exemplo, da própria natureza da obrigação, representa uma garantia directa e especialmente concedida pela lei.¹²

Temos, então, que, para o exercício do direito de retenção, é necessário uma conexão lógica entre a coisa e o crédito, motivo este pelo qual a coisa passa a se vincular e ser tida como garantidora do crédito, oponível, inclusive, *erga omnes*. Porém, a Lei, em alguns momentos, cria situações diversas, onde se poderá exercer esse direito, mesmo que não haja a conexão requisitada entre coisa e crédito.

Ainda seguindo o raciocínio do artigo 754 do Código Civil português, percebemos que a coisa deve ser certa, não se podendo reter coisa incerta.

O direito de retenção também não poderá ser exercido por aquele que tenha detido a coisa de maneira ilícita ou a constituição do crédito tenha resultado de despesas efetuadas de má-fé. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão diz que

Temos assim um pressuposto geral do direito de retenção que é a não actuação de má fé por parte do retentor, podendo essa má fé resultar, quer da aquisição ilícita da coisa, com o conhecimento do retentor, quer da própria constituição do crédito fazendo despesas em coisa que se sabia não lhe pertencer. A má fé é aqui entendida em sentido subjetivo, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor em face da realização da despesa.¹³

Esse é um pressuposto lógico, e decorre do próprio Direito. Não pode-se beneficiar aquele que age de maneira ilícita ou de má fé, sob pena de se ferir os princípios primordiais do Direito. Aquele que realiza benfeitorias em coisa que sabe-se não ser sua, e o faz sem autorização, não tem, depois, direito à reter essa coisa enquanto não for pago pelos acréscimos ou melhoramentos realizados. Igualmente, aquele que, de maneira Ilícita tem em sua posse a coisa, não poderá retê-la.

O terceiro requisito também nos afigura óbvio. A coisa a ser retida não pode se revestir do carácter de impenhorabilidade. Ora, se a coisa não pode ser penhorada, não poderá ser exercida sobre ela o direito de retenção, uma vez que a coisa fica em poder do credor como garantia da dívida e futuramente poderá ser utilizada para satisfação da mesma em ação executiva.

Neste sentido, Manuel Teles de Menezes Leitão nos explica que se alguém estiver obrigado a entregar bens constantes nos artigos 822 e 823 do Código Processual Civil português, o direito de retenção não poderá ser exercitado, uma vez que, sobre esses bens, se afigura impossível constituir qualquer garantia.¹⁴

¹² Processo 05A2158.

¹³ Direitos Reais, p. 500, 2009.

¹⁴ *Idem*.

Outro requisito, que, nesse caso, é inclusive motivo de extinção do direito de retenção é a não prestação de caução suficiente pela parte devedora. Conferindo, dessa forma, ao direito de retenção um viés de garantia provisória. Nada impede que essa caução seja prestada por fiança, por exemplo.

Por fim, o crédito deve ser exigível, mas não necessariamente líquido. Essa exigibilidade poderá ser verificada com base, também, na perda do benefício do prazo.

No direito brasileiro, conforme já comentado, a doutrina é que se encarrega de enumerar os pressupostos para o exercício do direito de retenção.

Os requisitos são basicamente os mesmos tratados nos artigos 754 a 756 do ordenamento civil português. O credor deve estar na detenção legítima da coisa que deve ser restituída, o crédito deve ser exigível, mas, não necessariamente líquido. Deve haver ainda a relação de conexidade entre o crédito e a coisa, muito embora os casos em que se aplica o direito de retenção, no ordenamento brasileiro, estão previstos especificamente na lei, uma vez que não se tem, em vista da legislação portuguesa, uma seção dedicada especificamente a esse instituto e haja uma aplicação genérica do mesmo. Por fim, não deve haver a exclusão legal ou convencional do exercício do direito de retenção.

3.3. Natureza jurídica

Não há dúvidas de que, no ordenamento português, a natureza jurídica do direito de retenção é de garantia real. O direito de retenção ainda se fia às normas do penhor ou hipoteca, conforme o bem que esteja sendo retido, se móvel ou imóvel.

No ordenamento brasileiro não se tem um consenso acerca da natureza do direito de retenção. Há quem sustente tratar-se de um direito pessoal, enquanto outros, na esteira do posicionamento adotado no ordenamento português, asseguram tratar-se de um direito real oponível *erga omnes*.

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁵, trata-se de um direito real. Paulo Khouri também assinala essa natureza de garantia real do direito de retenção quando fala que o modo de atuação desse direito não deixa dúvidas quanto a esse fato.¹⁶

Portanto, quanto à natureza do direito de retenção não pairam dúvidas de ser um direito real e de garantia, buscando, dessa forma, de uma maneira mais bruta, uma vez que o credor passa a ter a posse da coisa, impelir o cumprimento da obrigação pelo devedor.

¹⁵ Direito de retenção, p. 255-256, 1944.

¹⁶ A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro, trabalho apresentado no curso de mestrado em Direito da Universidade de Lisboa, setembro de 2003.

3.4. O direito de retenção em Portugal

O ordenamento português confere ao direito de retenção uma atenção maior do que a conferida no ordenamento brasileiro.

Como observamos, há seção específica para tratar do assunto no Código Civil português, mais precisamente do artigo 754 ao artigo 761.

Dessa forma, fica fácil encontrarmos as características que regem esse direito. O artigo 754 traz o que seria o direito de retenção, e que já foi acima transcrito. Percebemos, porém, que há casos genéricos para aplicação desse direito, diferentemente do que veremos no ordenamento brasileiro, logo a seguir.

Os direitos do retentor, quando móvel a coisa, se equipara aos direitos do credor pignoratício, e quando imóvel, no que couber, se equipara ao credor hipotecário.

Temos que o retentor não deve se atentar apenas aos direitos que possui o credor pignoratício, senão, também, os deveres que o mesmo deve guardar consigo, enquanto empenhada a coisa.

Nos termos do artigo 670º, a, do Código Civil, o credor pignoratício, e, claro, o retentor, podem, em relação à coisa objeto da garantia, usar as ações destinadas à defesa da posse, inclusive contra o próprio dono da coisa.

O credor da coisa, no entanto, tem como dever guardar e administrar a coisa como se sua fosse e deve abster-se de usar da coisa, senão caso esse uso seja indispensável para a conservação da mesma, além, é claro, de se obrigar a devolver a coisa, quando extinta a obrigação a que ela serve como garantia.

Interessante observação, é que o próprio código traduz força máxima a esse direito, quando no seu artigo 759, 2, prevê que o direito de retenção se sobrepõe à hipoteca, mesmo que houver sido registrada anteriormente ao exercício deste direito.

Acerca disso, Vaz Serra nos esclarece que, permitindo a sobreposição da hipoteca sobre o direito de retenção, esses credores se locupletariam às custas daquele que realizou as despesas na coisa, uma vez que foi acrescido valor à mesma.¹⁷

O mesmo, ainda, carece de registro para o seu exercício, sendo exercitável de pleno direito, em havendo o descumprimento da obrigação. E assim o é, pois a retenção da coisa já confere a publicidade adequada, para que todos saibam que algum gravame se encontra nela, que no caso é o direito de retenção exercitado pelo credor, uma vez que a coisa não se encontra na posse do seu legítimo dono.

O artigo 760 do Código Civil prevê ainda que não é transmissível o direito de retenção sem que seja transmitido o crédito por ele garantido. Ora, isso nos afigura lógico, uma vez que o direito de retenção se apega ao crédito gerado pela coisa retida, não podemos, então, transmitir esse direito para outra pessoa, continuando o crédito a existir separadamente do mesmo.

¹⁷ Direito de Retenção, p. 153, 19

O direito de retenção, ainda, irá extinguir-se pelas mesmas causas que se extingue a hipoteca, quais sejam: extinção da obrigação a que serve de garantia; prescrição; perecimento da coisa; e renúncia do credor. Ainda nos termos do artigo 761º, o direito de retenção extingue-se pela entrega da coisa.

Porém, há discussão sobre a extinção pela entrega da coisa, se seria devida, caso esta ocorra involuntariamente, como no caso de uma ação judicial ordenando esta entrega, ou então no caso de esbulho da coisa ou a entrega resultar de fraude.

Oliveira Ascensão entende que a entrega, mesmo que não seja voluntária, faz o titular do direito de retenção perder tal direito, e com isso, a garantia especial que ele carrega, uma vez que os terceiros que contratam com o dono da coisa devem ter sua situação protegida também, prevalecendo sobre a do retentor que tenha entregue a coisa.¹⁸ Diferentemente, Salvador da Costa entende que somente a entrega voluntária extingue o direito de retenção.¹⁹

O certo é que a extinção do direito de retenção não configura a extinção do crédito, no ato da entrega da coisa, o titular do direito de retenção abre mão apenas deste direito, continuando a ser credor do dono da coisa, porém, sem esta garantia da obrigação.

O retentor, porém, poderá ficar com a coisa em seu domínio, até que lhe seja cumprida a obrigação que a retenção está garantindo, sem, contudo, poder usar da coisa, devendo apenas mantê-la e conservá-la enquanto em seu domínio.

3.5. O direito de retenção no Brasil

O direito de retenção, no Brasil, seria como uma extensão do artigo 476 do Código Civil brasileiro, que diz que “*nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*”.

Ainda complementa o artigo 477, ao nos dizer que

se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Como percebemos no artigo 477, a parte que realiza benfeitorias na coisa que pertence a terceira pessoa, deve ser indenizada por essas benfeitorias realizadas, caso contrário, terá uma diminuição no seu patrimônio em virtude dessa melhoria realizada.

No Brasil, porém, o direito de retenção deve ser alegado na contestação para que seja reconhecido na sentença. Na execução para entrega de coisa certa de título extrajudicial, pode ainda

¹⁸ Reais, p. 550-551.

¹⁹ O concurso de credores, p. 231.

ser deduzido embargos de retenção por benfeitorias, não o podendo ser feito, no entanto, em cumprimento de sentença, uma vez que o prazo para alegar o direito de retenção, que seria na contestação, já se escoou, há muito.

4. O direito de retenção nos casos em que o credor e o proprietário da coisa são pessoas diferentes

Para a melhor compreensão e estudo do tema proposto, realizamos uma pequena digressão acerca do direito de retenção, para que o tema fosse aprofundado de maneira sutil.

Pois bem, o tema proposto diz respeito ao exercício do direito de retenção nos casos em que o credor ao recebimento da coisa não é o real proprietário da coisa retida, mas, no entanto, a entregou ao devedor da entrega da coisa.

Um exemplo, onde melhor se visualiza o caso proposto, seria o célebre caso do motorista que leva o carro do patrão à oficina, sem conhecimento deste, e no momento do acerto da obrigação, após realizado os reparos no carro, o real proprietário diz que não autorizou o conserto e por consequência não irá realizar o pagamento.

Neste caso, poderá o dono da oficina reter o veículo, uma vez que realizada de boa-fé as despesas no automóvel ou deverá entregar o carro ao seu real dono?

Ainda o que paira no ar seria se essa entrega, seja ela voluntária ou involuntária, irá fazer extinguir o direito de retenção do devedor da coisa, uma vez que, como sabemos, o direito de retenção é extinto com a entrega da coisa.

Sabemos que, para a defesa do direito de retenção, serão usadas as ações destinadas à defesa da posse, inclusive contra o próprio dono. Pois bem, esse argumento já seria suficiente para embasar a tese de que o direito de retenção, exercitado contra pessoa diferente da que entregou a coisa, e é o real dono poderá ser exercitado.

Porém, não sabemos, sequer, se, nesses casos, onde credor e proprietário da coisa são pessoas diferentes, haverá a possibilidade do exercício do direito de retenção.

Vaz Serra doutrina que

(...) à primeira vista, pareceria que não se poderia ter verdadeira garantia sobre a coisa, se esta se obteve de pessoa diversa do proprietário; como opor a este o direito que se recebeu de outrem destituído do poder de concedê-lo? (...) o raciocínio exposto repousa totalmente sobre o pressuposto da garantia obtida do devedor; ao contrário, a retenção existe por um facto próprio do credor; (...) não importa já que se analise em relação a quem surgiu este crédito: a figura do devedor desaparece, e fica só o facto de que a despesa se fez com a coisa, nela se incorporou (...); seja quem for o proprietário da coisa, aproveita com a despesa

feita (...). Aqui, a relação creditória, em consequência da utilidade considerada realmente na coisa, toma a figura de obligatio ob rem.²⁰

Cláudia Madaleno, acerca desse fato, diz que, na vigência do Código de Seabra, esse direito, de retenção, era oponível inclusive contra o terceiro que reivindicasse a coisa como própria, pela conexão própria do direito com o crédito. Não deixa, a autora, de ressaltar que, no atual código, essa discussão se encontra superada, em virtude de não haver dúvida quanto à posição de direito real de garantia do direito de retenção, oponível *erga omnes*.²¹

Portanto, na visão dos autores, seria oponível o direito de retenção contra todos aqueles que desejem a coisa, até que seja integralmente satisfeita a obrigação. Porém, o caso se estende, uma vez que o terceiro que alega ser sua a coisa, não possuía conhecimento da detenção desta coisa por outra pessoa, mas aquele que está com a coisa retida, a obteve de boa-fé e de boa-fé realizou as despesas necessárias à coisa, inclusive à sua conservação.

Se, caso a coisa esteja sendo procurada para que seja penhorada e posteriormente vendida, o titular deste direito não pode obstar o exercício desta ação, uma vez que, segundo já foi decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 21 de outubro de 1993

(...) se o promitente-vendedor é desaposado da coisa para ser vendida em hasta pública o direito de retenção não dá ao promitente-comprador o direito de a não entregar, mas apenas de ser pago com preferência (...). Era no concurso de credores que o apelante teria que reclamar o seu crédito, garantido pelo direito de retenção.

O direito de retenção, como um modo de compelir o devedor ao pagamento da dívida, tem seu fim natural com a ação executiva e a venda do bem. Portanto, nada mais fácil entendermos que essa entrega do bem para a venda executiva, mesmo que tenha sido proposta por outro credor, além de não extinguir o direito já gravado na coisa, pelo seu exercício, irá ainda, satisfazer a obrigação, preferencialmente aos demais credores.

Porém, o verdadeiro proprietário da coisa não a procurará, usando dos meios judiciais cabíveis para entregá-la em execução. Porém, segundo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de junho de 2001, foi determinado que “*só a entrega voluntária funciona como renúncia a tal direito. Se o retentor perdeu a detenção da coisa sem a sua vontade, não existe qualquer renúncia ao direito de retenção, não ocorrendo, pois, a sua extinção*”.

Portanto, havendo a entrega voluntária do bem ao seu real proprietário, perderá o retentor, a sua garantia especial, que lhe dava primazia no recebimento do crédito.

O devedor da coisa deverá, então, conservar a coisa em seu poder, e utilizar dos meios cabíveis para sua defesa, uma vez que o exercício do direito de retenção é oponível contra todos. Não obstante essas observações, a detenção, e as despesas realizadas na coisa, devem se dar de

²⁰ Direito de Retenção, p. 178 e 179.

²¹ A Vulnerabilidade das Garantias Reais, p. 85 e 86.

boa-fé, para que legitime o retentor da coisa a opor esse direito contra o real titular, uma vez que uma das características primordiais do direito de retenção é a posse de boa-fé.

Caso a coisa seja retomada, então, em penhora judicial e posterior venda executiva, a prioridade no recebimento dos créditos será do credor que exercitava o direito de retenção.

Ademais, se houvesse a obrigação da entrega da coisa ao real dono, independente da satisfação do crédito, estaria, este, se locupletando às custas do retentor, que, de boa-fé, realizou despesas em seu bem, desestabilizando, dessa forma, o ordenamento jurídico.

5. Conclusão

Como pudemos observar, o direito de retenção é um importante direito, com aplicação prática no ordenamento português, sendo de pouquíssima ou quase nenhuma aplicação no ordenamento brasileiro.

Assim o é porque o direito de retenção em Portugal tem uma amplitude maior da conferida no ordenamento brasileiro, sendo um direito real de garantia que se sobrepõe, inclusive, à hipoteca.

Dessa forma, há espaço para sua aplicação dentro do ordenamento civil lusitano, ao passo que no Brasil, não encontra guarida por ser um direito qualquer, aplicável a casos especificados na lei e sem uma garantia como a conferida em Portugal.

No tocante ao tema específico, o direito de retenção nos casos em que credor e proprietário da coisa são pessoas diferentes, foi possível chegar a uma resposta ao caso proposto.

Por um lado, temos que não seria válido o devedor da coisa retê-la contra seu próprio dono, quando este desconhecia, realmente, que a coisa havia sido entregue a outra pessoa para realização de benfeitorias.

Por outro lado, este devedor agiu de boa-fé, sendo este um dos requisitos previstos no Código Civil português (art. 756, b). Não pode ser ele penalizado pelas benfeitorias de boa-fé realizadas na coisa, sendo que não sabia quem era seu real dono, uma vez que aquele que não era, efetivamente, o proprietário da coisa, lhe apareceu como se o proprietário fosse.

Ademais, outra questão aparece no caso em comento, aceitar que deveria haver a entrega sem resistência pelo devedor da coisa importa anuir com o enriquecimento ilícito do credor da coisa, que teve sua coisa melhorada e ainda nada teve de despesas com isso.

Dessa forma, a solução mais justa encontrada, é que efetivamente o direito de retenção será exercitado, porém, havendo ação judicial que objetive a retomada da coisa, esta deverá ser entregue, porém, o devedor da coisa conservará em seu direito todos os benefícios concedidos pelo direito de retenção, podendo exercitá-los, mesmo não estando mais na posse da coisa, uma vez que não a entregou pacificamente.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito Civil: Reais**. 5. Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- COSTA, Salvador da. **O Concurso de Credores**. 3. Ed. Coimbra, 2005.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Direito de Retenção**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- FRAGA, Álvaro Moreira Carlos. **Direitos Reais**. Coimbra: Almedina, 2010.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. **Estudo de Direito das Garantias**, V. 1. Coimbra: Almedina, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, V. 5, São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Luís da Cunha. **Da Propriedade e da posse**. Lisboa: Ática, 1952.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Garantia das Obrigações**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. **Direitos Reais**. Coimbra: Almedina, 2009
- MADALENO, Cláudia. **A Vulnerabilidade das Garantias Reais: A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento**. Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- NETO, Sebastião José de Assis. **Curso Básico de Direito Civil**. 1 ed. V. 3. Niterói: Impetus, 2010.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. **Direito de Retenção**, em Boletim do Ministério da Justiça, nº 65, 1957.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 6 ed. V. 5. São Paulo: Atlas, 2006.