

Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado

Rodrigo da Guia SILVA*

RESUMO: A partir da análise do acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp. 1.628.385/ES, o presente trabalho busca ressaltar a atualidade da controvérsia atinente à taxatividade ou não do direito de retenção. Busca-se, a partir da perspectiva metodológica de unificação da disciplina das relações patrimoniais, investigar a questão referente ao cabimento do remédio retentório para além das hipóteses expressamente previstas em lei. Analisam-se, por fim, as perspectivas de cotejo funcional entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido. Subjaz ao estudo a percepção da relevância da definição dos contornos contemporâneos da autotutela no direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de retenção; autotutela; taxatividade; exceção de contrato não cumprido.

SUMÁRIO: 1. À guisa de introdução: a enunciação judicial da suposta taxatividade do direito de retenção; – 2. Retenção, autotutela e a perspectiva de disciplina unitária das relações patrimoniais; – 3. Sequelas do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira; – 4. Controvérsia sobre a extensão da admissibilidade do direito de retenção; – 5. Perspectivas de revisitação da conclusão no caso em tela a partir da aproximação funcional entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido; – 6. Síntese conclusiva; – 7. Referências bibliográficas.

1. À guisa de introdução: a enunciação judicial da suposta taxatividade do direito de retenção

A discussão travada no caso concreto originador do REsp. 1.628.385/ES afigura-se ilustrativa da emblemática controvérsia acerca da suposta taxatividade do direito de retenção. Trata-se, em síntese essencial, de perquirir se o âmbito de incidência do referido remédio se restringe às hipóteses expressamente previstas em lei ou se, ao revés, pode ser estendido para abarcar hipóteses que, embora não disciplinadas expressamente, se afigurem suficientemente similares àquelas às quais o legislador dispensou regramento próprio. A questão tem relevância especialmente acentuada nos sistemas jurídicos que não contêm uma disciplina unitária e sistemática para o direito de retenção, precisamente como sucede na experiência brasileira. Justifica-se, assim, a análise do caso concreto supramencionado a título de fio condutor da investigação da suposta taxatividade do direito de retenção, empreitada à qual subjaz a questão de fundo atinente aos limites postos à operatividade da autotutela no direito privado.

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant* (AHC-Brasil). Advogado. *E-mail:* rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

O caso remonta ao ajuizamento de ação de reintegração de posse por GAPME Assessoria Empresarial Ltda. em face de Kurumá Veículos Ltda. Relatou-se que a autora da ação, proprietária de certo automóvel adquirido junto à parte ré, deixou-o em poder da última para o conserto de problemas mecânicos no motor. Ao término do serviço, a parte ré apresentou uma fatura para pagamento no valor de R\$ 6.749,93 (seis mil setecentos e quarenta e nove reais e noventa e três centavos). Deflagrou-se, então, a insurgência da autora e proprietária do veículo, em razão da alegação de que o serviço estaria coberto pela garantia contratual trienal. Diante da recusa da proprietária ao pagamento da fatura, a parte ré reteve o veículo e condicionou a sua devolução ao pagamento supostamente devido. Por acreditar que a conduta da parte ré configurava esbulho possessório, a proprietária do veículo ajuizou ação de reintegração de posse.

A defesa da parte ré cingiu-se a duas ordens de argumentação. De uma parte, alegou-se que o serviço realizado não estaria coberto pela garantia supostamente em razão de decorrer do mau uso do veículo e da utilização de combustível de baixa qualidade; alegou-se, outrossim, que a proprietária haveria autorizado o serviço já ciente da ausência de cobertura. De outra parte, no que tange ao fundamento propriamente dito do cabimento da retenção, alegou-se a configuração de posse justa (no sentido de não violenta, clandestina nem precária a teor do artigo 1.200 do Código Civil) e a incidência da previsão contida no artigo 1.219 do Código Civil, que autoriza o possuidor de boa-fé a reter o bem até o recebimento da indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis.

A sentença proferida em primeira instância acolheu a tese defensiva e julgou improcedente a ação de reintegração de posse ajuizada pela proprietária do veículo. Da análise da fundamentação do *decisum* se depreende o entendimento do juízo de piso acerca do cabimento da retenção: “A meu juízo incorreu em equívoco a Ré ao invocar o CC [art.] 1219, que regula o direito de retenção pelo valor das benfeitorias introduzidas na coisa; o direito de retenção decorre simplesmente da prestação do serviço não pago, considerando que houve autorização expressa da Autora, via email, para a realização do serviço”.¹

Tal decisão veio a ser reformada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, em julgamento unânime, concluiu pela procedência da ação de reintegração de posse ajuizada pela proprietária do veículo. A fundamentação da Corte estadual pautou-se na qualificação da situação da oficina mecânica como de mera

¹ TJES, Processo nº. 0001009-77.2010.8.08.0024, 4ª Vara Cível de Vitória, Juiz de Direito Mauricio Camatta Rangel, julg. 27/03/2012, publ. 10/04/2012.

detenção, por se entender que jamais teria ocorrido o “exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”, conforme estabelecido pelo artigo 1.204 do Código Civil. A ausência de configuração de posse inviabilizaria, por via de consequência, o reconhecimento do direito de retenção, assegurado ao possuidor de boa-fé nos termos do artigo 1.219 do Código Civil. Para além da estrita qualificação da situação da oficina mecânica, do voto do relator se depreende a seguinte percepção de fundo sobre o problema da autotutela no direito privado: “A retenção do veículo pela apelada com a finalidade de compelir a apelante ao pagamento pelos serviços prestados configura autotutela, o que é vedado pelo ordenamento jurídico”.²

Irresignada, a alienante interpôs recurso especial, tendo a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se deparado com a necessidade de definir se uma oficina mecânica que realizou reparos em veículo, com autorização de sua proprietária, pode reter o bem por falta de pagamento do serviço, ou se tal ato configura esbulho, ensejador de demanda possessória. A Terceira Turma concluiu, à unanimidade, pela procedência do pleito de reintegração de posse, por entender em sentido similar ao Tribunal capixaba no tocante à não configuração de posse hábil a justificar o direito de retenção assegurado pelo artigo 1.219 do Código Civil. Do voto do relator se depreende a fundamentação central da decisão:

No caso em apreço, a recorrente em nenhum momento exerceu a posse do bem. É incontroverso que o veículo foi deixado na concessionária pela proprietária somente para a realização de reparos, sem que isso conferisse à recorrente sua posse, pois jamais poderia exercer poderes inerentes à propriedade do bem, relativos à sua fruição ou mesmo inerentes ao referido direito real (propriedade), nos termos do art. 1.196 do Código Civil/2002. A concessionária teve somente a detenção do bem, que ficou sob sua custódia por determinação e liberalidade da proprietária, que, em princípio, teria anuído com a realização do serviço. Reforça-se, a posse do veículo não foi transferida para a recorrente, que jamais a exerceu em nome próprio, mas, sim, em nome de outrem, cumprindo determinações da proprietária do bem, numa espécie de vínculo de subordinação. Assim, a recorrente não poderia exercer o direito de retenção, sob a alegação da realização de benfeitoria no veículo, pois, nos termos do artigo 1.219 do Código Civil/2002, tal providência é permitida ao possuidor de boa-fé, mas não ao mero detentor do bem.³

² TJES, Processo n.º. 0001009-77.2010.8.08.0024, 1ª C.C., Rel. Des. Fábio Clem de Oliveira, julg. 14/04/2015, publ. 28/04/2015.

³ STJ, REsp. 1.628.385/ES, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 22/08/2017, publ. 29/08/2017.

Do voto do relator se depreende, ainda, o seguinte entendimento sobre a excepcionalidade dos mecanismos de autotutela: “A situação prevista no referido dispositivo legal [artigo 1.219 do Código Civil] é, segundo a doutrina, uma das raras hipóteses de autotutela permitidas no ordenamento jurídico pátrio, em que o particular pode exercer pessoalmente a tutela de seus interesses, sem a necessidade da intervenção do Estado-Juiz”. Concluiu-se, nessa linha de sentido, que “(...) tal modalidade de solução de conflitos, por pressupor a imposição unilateral da vontade de uma das partes envolvidas é, em regra, vedada”.

As decisões proferidas e os argumentos aventados no presente caso servem a ilustrar que o tradicional reconhecimento da excepcionalidade da autotutela não raramente dificulta uma investigação propriamente técnica acerca do cabimento do direito de retenção no sistema jurídico brasileiro. Buscar-se-á, então, tecer breves considerações sobre essa figura, no intuito de evitar que referido receio, apesar de plenamente justificável, finde por promover conclusões dissonantes do desenvolvimento atual da civilística no tocante à operatividade dos mecanismos de autotutela passiva.

2. Retenção, autotutela e a perspectiva de disciplina unitária das relações patrimoniais

A doutrina brasileira tem dedicado diminuta atenção à temática do direito de retenção. Tal circunstância justifica que se advirta, de antemão, para o fato de que nem toda alusão pelo Código Civil ao termo *retenção* corresponde ao conteúdo técnico do *direito de retenção* propriamente dito. Em noções meramente introdutórias, e sem descuidar-se das variadas proposições teóricas que buscaram elucidar-lhe o conceito, o direito de retenção pode ser entendido como a prerrogativa conferida a alguém – dito retentor – de conservar em seu poder um ou mais bens do devedor até que este lhe satisfaça certa obrigação.⁴ Destaca-se, em doutrina, não bastar à configuração do direito de retenção a mera apreensão física sobre coisa alheia, fazendo-se imprescindível, ao revés, que haja

⁴ Nesse sentido, v. SARMENTO, Aécio Lacerda *et alii*. Retenção [verbete]. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 26. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 327. Arnaldo Medeiros da Fonseca identifica o direito de retenção como a “(...) faculdade assegurada ao credor, independente de qualquer convenção, de continuar a deter a coisa a outrem devida até ser satisfeita, ou ficar extinta, uma obrigação existente para com ele” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 105). Em formulação sintética, Clovis Bevilacqua afirma que o direito de retenção “(...) consiste em o possuidor conservar a coisa em seu poder, até ser embolsado das despesas, a que tem direito” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 995). Em trabalho monográfico a propósito do direito espanhol, Ínigo Mateo y Villa afirma: “Pode-se definir o direito de retenção como a conservação em nosso poder de um bem até que aquele que tem direito a retirá-lo de nossas mãos tenha satisfeito o que nos deve” (VILLA, Ínigo Mateo y. *El derecho de retención*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 59. Tradução livre do original).

uma especial vinculação da coisa ao pagamento de determinado crédito.⁵ Em meio a tantas dúvidas que o tema pode suscitar – tais como a generalidade das questões relevantes para a disciplina geral do remédio em comento –, o objeto do presente estudo se cingirá à análise do cabimento do direito de retenção no sistema brasileiro.⁶

Subjaz a esta empreitada metodológica a assunção de que a reduzida atenção dispensada pela civilística nacional ao estudo do direito de retenção não condiz com a relevância prática e teórica do instituto. Destaca-se, a propósito, a atualidade da afirmação de Arnaldo Medeiros da Fonseca, autor de monografia seminal na matéria, segundo o qual, “(E)ntre os diversos institutos jurídicos, do campo do direito privado, nenhum talvez haja sido objeto de maiores controvérsias do que o direito de retenção”.⁷ A questão assume particular relevância em razão da íntima relação do direito de retenção com a temática de fundo atinente aos limites de legitimidade da autotutela no direito privado.⁸ Reter coisa alheia como instrumento de coerção à satisfação do crédito traduz, com efeito, postura de promoção autônoma e particular da tutela do próprio direito, em exceção à regra geral de imprescindibilidade do controle jurisdicional para o equacionamento de litígios entre os particulares.⁹ Sem qualquer pretensão de aprofundamento da problemática da autotutela, chama atenção, no que importa ao

⁵ A título meramente ilustrativo de hipóteses que não traduzem autêntico exercício de direito de retenção, pense-se na retenção para consignar em pagamento e na retenção para promover compensação obrigacional. Para um desenvolvimento da presente distinção preliminar, v. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 27-40.

⁶ Advirta-se, de antemão, que o presente estudo tem por parâmetro de análise o direito brasileiro contemporâneo – e, a título exemplificativo, a experiência normativa estrangeira –, sem pretensão de investigação de matriz histórica. Para um aprofundamento do desenvolvimento histórico do direito de retenção, v. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 35-59 e 91-102.

⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 11. O autor prossegue: “Apesar de uma evolução milenária, ainda hoje tal instituto se nos apresenta incerto nos seus limites, variadamente disciplinado, dando lugar às maiores divergências sobre a sua natureza específica e os seus efeitos” (Ibid., p. 11).

⁸ Para um aprofundamento – de todo incabível nesta sede – da relação entre o direito de retenção e a problemática de fundo referente à legitimidade da autotutela no direito privado, v. BETTI, Emilio. Autotutela (diritto privato) [verbete]. *Enciclopedia del diritto*. Volume IV. Milano: Giuffrè, 1959, pp. 529-537; e BARBA, Angelo. Ritenzione (diritto privato) [verbete]. *Enciclopedia del diritto*. Volume XL. Milano: Giuffrè, 1989, pp. 1.373-1.377.

⁹ A relevância do quanto exposto não se reduz pelo caráter passivo da autotutela exercida mediante direito de retenção. Trata-se, aliás, de característica comum à exceção de contrato não cumprido, o que permite afirmar que “(...) participam juntos na mais ampla categoria dos ‘remédios acauteladores em autotutela’” (BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali: artt. 1460-1462. In: BUSNELLI, Francesco C. (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 26. Tradução livre do original). Na mesma linha de sentido, Emilio Betti pontua que, tal como a exceção de contrato não cumprido, o direito de retenção configura instrumento de autotutela passiva: “Além da forma ativa, o indivíduo pode ser autorizado a tutelar-se de forma passiva, com um comportamento negativo, de resistência à pretensão alheia. Uma autotutela passiva configura, antes de tudo, o direito de retenção nos casos em que é conferido por lei a quem detenha coisa alheia, sobre a qual tenha realizado despesas, ou em relação à qual tenha créditos a fazer valer (...). Ademais, uma autotutela passiva circunscrita às relações de obrigação com prestações correspectivas é a reação que a mesma função sinalagmática de tais relações justifica contra o inadimplemento adverso e que acompanha o poder de resolução do vínculo contratual (art. 1453 c.c.): a reação que leva o nome de exceção de inadimplemento (*exceptio inadimpleti contractus*)” (BETTI, Emilio. Autotutela (diritto privato), cit., p. 531. Tradução livre do original). Para uma análise mais detida das convergências e divergências entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido, remete-se ao item 5 do presente estudo.

presente estudo, a incongruência entre a acentuada relevância do direito de retenção como espécie de autotutela privada, de uma parte, e, de outra, a escassa atenção que se costuma dedicar à compreensão da retenção em perspectiva sistemática.

Paralelamente, verifica-se que o tratamento assistemático da matéria destoa, de certo modo, da contemporânea perspectiva metodológica de unificação da disciplina das relações patrimoniais.¹⁰ Tal descompasso finda por incutir, no intérprete, sensação a um só tempo ilusória e viciosa: ilusória, por gerar a falsa percepção da existência de uma distinção peremptória e estanque entre as situações jurídicas subjetivas reais e as obrigacionais;¹¹ viciosa, por impedir que a solução de certa hipótese específica de retenção se valha da disciplina geral que o ordenamento buscou dispensar às situações de autotutela passiva cujo traço de identidade não seja meramente o específico campo do direito privado – se a esfera obrigacional ou se a esfera real.

O imperioso esforço de sistematização do direito de retenção, com particular enfoque na premissa metodológica de promoção de uma disciplina comum das relações patrimoniais, justifica que o presente estudo tenha início na análise das sequelas do tratamento assistemático do direito de retenção no ordenamento jurídico brasileiro. Após breve confronto com alguns esforços de sistematização da experiência normativa estrangeira, enfrentar-se-á a problemática atinente à suposta taxatividade do direito de retenção, questão à qual subjaz a compreensão do instituto no âmbito da distinção entre direitos reais e direitos obrigacionais. Ao término do estudo, investigam-se as convergências e divergências entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido, de modo a perquirir se as semelhanças entre tais mecanismos de autotutela privada passiva permitem concluir pela identidade funcional dos remédios.

¹⁰ “As situações subjetivas patrimoniais podem ser objeto de uma abordagem unitária, embora ainda não tenha sido elaborada, interpretativamente, uma normativa comum que lhes sirva de referência. Esta normativa comum não se pode identificar exclusivamente com o direito das obrigações ou com aquele das relações reais, mas deve ser concebida como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 892).

¹¹ Para uma análise crítica dos atributos tradicionalmente associados aos direitos reais, v. TEPEDINO, Gustavo. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 139 e ss. Para uma análise da tendência contemporânea de relativização dos outrora rígidos traços distintivos característicos da *summa divisio* entre direitos reais e direitos obrigacionais, v., entre outros, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 892 e ss.; MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 285; RENTERÍA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 7-83; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 4, abr.-jun./2015, pp. 56 e ss.; e MATIELI, Louise Vago; SOUSA, Thiago Andrade. *Situações jurídicas reais vs. situações jurídicas obrigacionais. A crise da dicotomia e a viabilidade de um direito comum para as situações patrimoniais*. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Direito das relações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 190.

3. Sequelas do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira

A análise dos dispositivos do Código Civil de 2002 tendentes a disciplinar a *retenção* (em sentido lato) revela que o legislador pátrio não parece ter conferido maior relevo à sistematização do instituto sob análise. Tal postura não traduz, *per se*, um transtorno, haja vista a discricionariedade que detém o legislador para a escolha da técnica legislativa a ser utilizada para o tratamento normativo de cada matéria. O verdadeiro problema se verifica, em realidade, na aparente conformação da doutrina nacional com a ausência de tratamento sistemático do direito de retenção, como se a compreensão do instituto à luz do sistema em que se encontra inserido consistisse em mero estudo estéril sem repercussões práticas.¹²

Nesse cenário, antes mesmo da enunciação das principais sequelas do referido tratamento assistemático, cumpre passar em breve revista a disciplina dispensada pelo Código Civil brasileiro ao fenômeno da retenção. Parece oportuno, a propósito, dividir os dispositivos legais pertinentes em dois grandes grupos, conforme se tutele ou não o direito de retenção em sentido técnico (o que também se poderia denominar *retenção em sentido estrito*). Vejam-se, de início, as hipóteses identificadas pela ausência de referência ao conteúdo técnico do direito de retenção. Primeira menção merece o artigo 418 do Código Civil, no âmbito da disciplina das arras confirmatórias, que se afasta do conteúdo técnico do direito de retenção fundamentalmente porque, ao estatuir a “retenção” das arras na sequência da resolução contratual, consagra um cenário de definitividade não condizente com a provisoriedade característica do remédio retentório.¹³ Semelhante conclusão se alcança a propósito do parágrafo 3º do artigo 740 do Código Civil, que, em matéria de transporte de pessoas, assegura a “retenção” pelo transportador, a título de multa compensatória, de até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, em caráter definitivo também alheio à provisoriedade da retenção. Também na seara da venda com reserva de domínio, o artigo 527 do Código Civil trata de matéria não plenamente reconduzível à noção técnica de retenção, vez que a previsão da “retenção”, pelo vendedor, de parte das prestações pagas pelo comprador mais se assemelha a um limite ao *quantum* da restituição (consequência ordinária da

¹² Deve-se, ao revés, estimular o reconhecimento da relevância da postura colaborativa do doutrinador, como propugnado por MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul.-set./2016, pp.17 e ss.

¹³ Sobre a definitividade da dita retenção, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 21 ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 88. A propósito da natureza do direito de retenção como exceção substancial dilatatória, v. GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

resolução contratual por inadimplemento) do que o manejo de exceção dilatória sobre coisa alheia.

Passa-se à análise dos dispositivos legais que mais propriamente tutelam o direito de retenção em sentido técnico. Dentro desse grande grupo, é possível identificar previsões expressas de direito de retenção tanto no âmbito da disciplina de relações jurídicas de direito obrigacional quanto no interior de institutos pertencentes ao direito das coisas, em expressivo indício da tendência metodológica contemporânea de unificação da disciplina das relações patrimoniais. Para fins didáticos, propõe-se a análise individualizada de cada uma dessas subdivisões.

A propósito da seara obrigacional, menção inicial merece o contrato de locação de coisas, *locus* particularmente pródigo em alusões normativas ao direito de retenção. De início, na hipótese de denúncia da locação pelo locador antes do advento do termo final, tem-se que o parágrafo único do artigo 571 do Código Civil assegura ao locatário o direito de retenção enquanto não for ressarcido das perdas e danos resultantes do rompimento prematuro do vínculo contratual. De outra parte, o artigo 578 do Código Civil assegura o exercício do direito de retenção pelo locatário até o reembolso das benfeitorias necessárias e, caso feitas com expresse consentimento, também das benfeitorias úteis. O referido dispositivo reproduz, sem alteração substancial, o artigo 35 da Lei nº. 8.245/1991, que estabelece idêntico direito de retenção na seara da locação residencial urbana, tendo o Superior Tribunal de Justiça entendimento sumulado no sentido da possibilidade de renúncia prévia ao remédio retentório.¹⁴

Outro exemplo de direito de retenção em sentido estrito é fornecido pela disciplina do depósito voluntário: os artigos 633 e 644 do Código Civil atribuem ao depositário efetivo direito de retenção da coisa depositada até que o depositante lhe pague a retribuição devida ou o valor das despesas e dos prejuízos. Por fim, no tocante ao contrato de transporte de pessoas, o artigo 742 do Código Civil atribui ao transportador direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste até o efetivo pagamento do valor da passagem.

Ainda na seara obrigacional, vale mencionar alguns institutos que parecem congregam tanto o direito de retenção em sentido estrito quanto soluções que envolvem a retenção

¹⁴ Enunciado n. 335 da Súmula do STJ: “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção”. Pertinente, a propósito, o Enunciado n. 433 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “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”.

de bens alheios sem importar na figura sob estudo. No âmbito da disciplina do mandato, o artigo 681 do Código Civil estabelece autêntico direito de retenção do mandatário sobre a coisa possuída em virtude do contrato, até o reembolso das despesas tidas com o desempenho do encargo. A propósito da disciplina do mandato, vale salientar que, diversamente do referido artigo 681, o artigo 664 do Código Civil consagra solução de caráter definitivo e, portanto, não plenamente condizente com a provisoriedade característica do remédio retentório, quando permite que o mandatário satisfaça créditos oriundos do exercício do contrato retendo quanto bastar do objeto da operação cometida.¹⁵ A mesma confusão conceitual encontra-se, ainda, no artigo 708 do Código Civil, que, a pretexto de disciplinar o direito de retenção no âmbito da comissão, a um só tempo parece assegurar autêntico remédio retentório ao comissário (mediante a retenção de bens em seu poder até o reembolso das despesas feitas) e estabelecer solução definitiva em benefício do comissário (mediante a “retenção” dos valores em seu poder no montante correspondente às comissões devidas).

Expostos os dispositivos referentes ao direito de retenção na seara obrigacional, passa-se à análise da pertinente disciplina legal no âmbito das relações reais. De início, vale destacar a previsão dos artigos 1.219 e 1.220 do Código Civil acerca do reconhecimento do direito de retenção ao possuidor de boa-fé até o ressarcimento das benfeitorias necessárias e úteis, remédio esse rejeitado ao possuidor de má-fé e, em qualquer caso, alheio às benfeitorias voluptuárias. Trata-se de hipótese tão recorrente na práxis brasileira que já se convencionou denominar de “embargos de retenção por benfeitorias” o instrumento processual relativo à específica ocorrência de retenção.¹⁶

Afora a disciplina da posse, também na seara dos direitos reais de garantia se encontram previsões pontuais do direito de retenção em sentido estrito. No âmbito da disciplina do direito real de penhor, o artigo 1.433, inciso II, do Código Civil estabelece o cabimento geral da retenção da coisa empenhada até que o credor pignoratício seja reembolsado pelas despesas feitas e devidamente justificadas. Por fim, no que tange especificamente ao penhor de direitos e títulos de crédito, o parágrafo único do artigo 1.455 do Código Civil torna a estatuir “retenção” em caráter definitivo e, portanto, estranha à noção técnica do direito de retenção.

¹⁶ A propósito, v., por todos, AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 34-35; e BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 224. A hipótese encontra-se atualmente disciplinada pelo artigo 917, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015: “Nos embargos à execução, o executado poderá alegar: (...) IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa”.

O breve relato a que se procedeu objetiva revelar que o tratamento assistemático do direito de retenção acarreta inúmeras sequelas na disciplina do instituto no âmbito do direito brasileiro. Tais sequelas podem se revelar tanto no que diz respeito à disciplina geral do direito de retenção quanto ao próprio reconhecimento das hipóteses legais de cabimento do remédio. No primeiro grupo de problemas – estranho ao escopo central do presente estudo –, encontram-se questões as mais variadas para as quais o legislador brasileiro, no mais das vezes, sequer esboçou resposta, tais como: quais são os requisitos do direito de retenção? Trata-se de direito transmissível? Qual é o regime de responsabilidade do retentor pela conservação e pelos riscos da coisa? O retentor pode servir-se do bem, colher seus frutos e manejar interditos possessórios? Qual é o grau de oponibilidade do direito de retenção? De outra, no segundo grupo de problemas – esse, sim, coincidente com o escopo central do presente estudo –, cogita-se do reconhecimento do direito de retenção para além das hipóteses expressamente previstas em lei.

Neste ponto do raciocínio, em que o intérprete poderia ser levado a crer que a legislação brasileira é especialmente deficitária no que tange ao direito de retenção, cumpre destacar que a dificuldade de sistematização do instituto parece não constituir peculiaridade da experiência brasileira.¹⁷ De fato, os desafios suscitados pelo direito de retenção parecem se verificar na generalidade dos ordenamentos jurídicos, particularmente entre aqueles que herdaram da tradição romana a ausência de tratamento sistemático da retenção.¹⁸ Especial semelhança com o direito brasileiro se verifica na experiência italiana: tanto o *Codice civile* de 1942 quanto o seu antecessor de 1865 carecem de uma normativa geral acerca do direito de retenção.¹⁹ Incumbiu,

¹⁷ Para um aprofundamento em viés comparatista no que tange ao tratamento legislativo do direito de retenção, v. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 61 e ss. Em complemento, para um relato da experiência normativa acerca do direito de retenção em dezenas de países nos variados continentes e tradições jurídicas, v. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 91-110.

¹⁸ “O enquadramento histórico a que procedemos na primeira parte da dissertação tornou claro o facto de que o direito de retenção não ter sido objecto de um tratamento sistemático no Direito Romano condiciona, ainda hoje, a autonomização dogmática da figura. De facto, na maioria dos ordenamentos jurídicos, o direito de retenção não é concebido como um instituto com carácter geral. A ausência no espaço jurídico europeu de um consenso em torno do âmbito de aplicação do direito de retenção determinou que, por sua vez, este não fosse também reconhecido como um instituto autónomo no *draft Common Frame of Reference*” (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na excepção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 285). Na mesma linha de sentido, Arnaldo Medeiros da Fonseca afirma que o esforço de sistematização do direito de retenção no Brasil traduz “(...) tarefa de extrema dificuldade em face dos Códigos a cujo sistema o nosso Cód. Civil se filiou” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 103).

¹⁹ “A ausência no *codice civile* de 1942, assim como naquele de 1865, de uma disposição geral sobre o direito de retenção não impediu a formação de uma literatura destinada a pesquisar, ainda em um mais amplo projeto sistemático do inteiro fenómeno da autotutela privada, os caracteres da ‘faculdade atribuída ao credor, que tem nas próprias mãos uma coisa que deveria ser restituída ao devedor, de recusar a entrega enquanto não seja satisfeito o seu crédito’” (BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., p. 1.377. Tradução livre do original).

então, à doutrina o delineamento de contornos suficientes à compreensão unitária do instituto em toda a sua multiplicidade de ocorrências fáticas.²⁰ Tamanha é a semelhança com o modelo brasileiro que também a doutrina italiana busca compreender as disposições codificadas sobre a retenção com base na divisão – de cunho meramente didático – entre a disciplina de relações obrigacionais e a disciplina de relações reais, de modo a destacar a pluralidade de manifestações do remédio.²¹

Itinerário relativamente diverso percorreu o direito português. Inicialmente, à semelhança do *Codice civile* italiano de 1865, o Código Civil português de 1867 não se ocupou de dispensar tratamento sistemático ao direito de retenção, o que gerava perplexidade em sede doutrinária pela ausência de justificativa para o regramento distinto de hipóteses fáticas inspiradoras de semelhante tutela jurídica.²² Controvertia-se, sobretudo, a propósito do cabimento do direito de retenção, dividindo-se os entendimentos favoráveis ao caráter geral e ao caráter excepcional do remédio.²³ O Código Civil português de 1966 buscou, então, solucionar a antiga fragmentação da matéria, em esforço deliberadamente sistematizador do direito de retenção.²⁴ Desse modo, reservou ao direito de retenção uma seção própria – a Seção VII (“Direito de retenção”) do Capítulo V (“Garantia geral das obrigações”). Especial menção merece, no ponto, a coexistência, no sistema normativo português contemporâneo, de uma

²⁰ A ilustrar o aludido esforço de sistematização no cenário contemporâneo, v., entre outros, BASSO, Paolo. *Il diritto di ritenzione*. Milano: Giuffrè, 2010, *passim*; e SATURNO, Angelo. *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*. *Rassegna di diritto civile*, a. 12, 1991, pp. 44-95.

²¹ “[...] esse [o direito de retenção] consiste em um remédio regulado, de uma parte, na disciplina de diversos contratos típicos a favor do credor de uma coisa de propriedade do devedor, como reação ao inadimplemento deste último (...). De outra, tal direito é previsto mesmo na ausência de uma relação de natureza contratual de caráter correspectivo, a favor de quem detenha uma coisa alheia, à qual seja coligado ou conexo um crédito” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 25-26. Tradução livre do original).

²² “O Código Civil de 1867 não continha secção ou divisão especial na qual se tratasse do direito de retenção, referindo-se-lhe em disposições isoladas e dispersas, e considerado o tratamento casuístico dado ao direito, admitindo-o em certos casos e não noutros, mesmo que nestes outros concorressem as mesmas razões que nos primeiros levaram à concessão de tal direito, o que provocava viva discussão. Para a doutrina era difícil determinar o regime jurídico bem como a especificação dos efeitos desse direito” (SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. *Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca*. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (Coord.). *Garantias das obrigações*: publicação dos trabalhos do mestrado. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 94-95).

²³ “Controvertida também era a questão se o direito de retenção tivesse um caráter geral, aplicável a todas as hipóteses em que ocorressem aqueles pressupostos, exigidos nos casos em que a lei expressamente o consagrava, ou se, pelo contrário, só naqueles casos era admissível, revestindo índole excepcional. Na vigência do Código de Seabra, era doutrina dominante a afirmação do caráter excepcional do direito de retenção. A questão era debatida, sobretudo em busca de uma solução definitiva em relação à qualificação do direito de retenção como garantia real ou como simples meio de constranger o devedor ao cumprimento” (SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. *Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca*, cit., pp. 95-96).

²⁴ “Ao contrário do Código de Seabra, o Código Civil de 1966 procurou autonomizar dogmaticamente o direito de retenção, embora o âmbito de aplicação do instituto tenha ficado aquém da proposta constante dos trabalhos preparatórios de Vaz Serra” (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 285). Para uma análise do esforço de sistematização do Código Civil português de 1966 em matéria de direito de retenção, v., por todos, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 545-554; e COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 973-983.

cláusula geral (artigo 754)²⁵ com previsões específicas do direito de retenção (artigo 755),²⁶ a ressaltar o esforço do legislador lusitano de enfrentamento da matéria nas suas mais diversas hipóteses fáticas.²⁷

A consagração da técnica legislativa das cláusulas gerais para a disciplina do direito de retenção se verifica, ainda, nas experiências alemã e francesa. Na Alemanha, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1896 contém previsão do direito de retenção no seu §273,²⁸ cujo item 2 estabelece o requisito geral de que o crédito do retentor tenha origem em despesas referentes à coisa ou em danos por ela causados.²⁹ Na França, o

²⁵ “Artigo 754º (Quando existe). 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”.

²⁶ “Artigo 755º (Casos especiais). 1. Gozam ainda do direito de retenção: a) O transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte; b) O albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada ou acessórias dela, pelo crédito da hospedagem; c) O mandatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua actividade; d) O gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta; e) O depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues em consequência dos respectivos contratos, pelos créditos deles resultantes; f) O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442º. 2. Quando haja transportes sucessivos, mas todos os transportadores se tenham obrigado em comum, entende-se que o último detém as coisas em nome próprio e em nome dos outros (Redacção do Dec-Lei 379/86, de 11-11)”.

²⁷ “Encontra-se, deste modo, um primeiro grupo de situações que derivam da aplicação autónoma do referido critério geral. Todavia, além do preceituado no art. 754º, o legislador consagra certos casos especiais de direito de retenção. Isso explica-se até porque em alguns deles não existe ou se dilui a referida conexão objectiva entre a coisa e o crédito, justificando-se, contudo, a garantia” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 975). A propósito da referida sistemática portuguesa, v., ainda, JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 490.

²⁸ “§273 Zurückbehaltungsrecht. (1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). (2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. (3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen”. Em tradução livre: “§273 Direito de retenção. (1) Se o devedor tiver contra o credor uma pretensão oriunda da mesma relação jurídica na qual se baseia a sua obrigação, poderá, salvo se a relação obrigacional levar a conclusão diversa, recusar a prestação devida por ele até que seja cumprida a prestação devida a ele (direito de retenção). (2) Aquele que é obrigado à devolução de uma coisa terá o mesmo direito se titularizar uma pretensão em razão de despesas com a coisa ou em virtude de danos causados a ele pela coisa, salvo se a tiver obtido intencionalmente através de ação não autorizada. (3) O devedor pode evitar o exercício do direito de retenção mediante a oferta de garantia. A prestação de garantia mediante garantidores é excluída”.

²⁹ V., por todos, LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volume I. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967, pp. 211-214.

artigo 2.286 (com a redação alterada em 2008) do *Code civil* de 1804,³⁰ no âmbito das disposições gerais sobre as garantias, assegura o direito de retenção da coisa alheia até o pagamento do crédito resultante do contrato e nascido por ocasião da detenção da coisa.³¹

Na consciência da dificuldade ínsita ao esforço de sistematização da matéria, passa-se a uma breve análise da controvérsia atinente à suposta taxatividade do direito de retenção. Trata-se, como já salientado, de investigar se a admissibilidade do referido remédio se restringe às hipóteses expressamente previstas em lei ou se, ao revés, comporta hipóteses fáticas que não hajam sido objeto de previsão legal específica.

4. Controvérsia sobre a extensão da admissibilidade do direito de retenção

Por ocasião da exposição do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira, teve-se oportunidade de apontar que uma das grandes sequelas dessa ausência de sistematicidade consiste na omissão legislativa sobre o cabimento do remédio retentório em hipóteses análogas àquelas para as quais ele é previsto. Reconhece-se parecer possível, ao primeiro olhar, buscar a solução para o mencionado problema com base no emprego da analogia como tradicional mecanismo de colmatação de lacunas aparentes.³² A adequada compreensão da problemática não prescinde, todavia, da investigação sobre a natureza (real ou obrigacional) do direito de retenção, com o que será possível perquirir a razão de ser da suposta exigência de taxatividade legal a que alude parcela expressiva da doutrina no Brasil e alhures.

A título de ilustração da problemática, vale fazer breve menção a algumas hipóteses suscitadoras de dúvidas no que tange à disciplina dispensada pelo Código Civil de 2002

³⁰ *Verbis*: “Art. 2286. Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose: 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance; 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose; 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire”. Em tradução livre: “Art. 2.286. Pode se prevalecer de um direito de retenção sobre a coisa: 1° Aquele a quem a coisa tenha sido entregue até o pagamento de seu crédito; 2° Aquele cujo crédito não pago resulte do contrato que o obriga a entregá-la; 3° Aquele cujo crédito não pago nasceu por ocasião da detenção da coisa; 4° Aquele que se beneficia de um penhor sem desapossamento. O direito de retenção se perde pela renúncia voluntária”. Vale mencionar que, tal como o direito de retenção, a exceção de contrato não cumprido não gozava de previsão expressa na redação originária do *Code civil*, cenário esse que somente veio a ser alterado no que tange à *exceptio* por força da reforma promovida no direito das obrigações pela *Ordonnance* de 10 de fevereiro de 2016. Pertinente, a propósito, o relato de IMBETT, Carlos Alberto Chinchilla. La excepción de incumplimiento contractual en la reforma del Código Civil francés: un análisis a partir de los límites a la excepción. *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, 2017, *passim*.

³¹ V., por todos, AYNÈS, Laurent; CROQC, Pierre. *Droit des sûretés*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2016, pp. 235-253.

³² Faz-se menção a lacunas *aparentes* por força da assunção do paradigma metodológico da completude do ordenamento jurídico. A propósito, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis, 1991, pp. 115 e ss.

ao direito de retenção. Tome-se para análise, inicialmente, o contrato de locação: no âmbito da locação residencial urbana, seria possível cogitar do cabimento do direito de retenção na hipótese de rompimento do vínculo antes do prazo, até que o locador ressarça as perdas e danos decorrentes do rompimento prematuro, à semelhança do determinado pelo artigo 571 do Código Civil a propósito do contrato de locação de coisas? No âmbito do contrato de comodato, cuja disciplina legal não contém menção expressa ao direito de retenção, indaga-se: o comodatário tem direito de retenção enquanto não for reembolsado pelas despesas extraordinárias referentes à conservação da coisa (já que o artigo 584 veda apenas a cobrança das despesas ordinárias), por extensão da normativa assecuratória da retenção ao possuidor de boa-fé em relação às benfeitorias necessárias (artigo 1.219 do Código Civil)?³³

A respeito do depósito necessário, indaga-se: o depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida e o líquido valor das despesas ou perdas e danos, à semelhança do que ocorre no depósito voluntário (segundo previsão do artigo 644 do Código Civil)?³⁴ No âmbito dos contratos de distribuição e de corretagem, o distribuidor e o corretor podem exercer direito de retenção sobre a coisa de que tenham a posse em virtude do contrato até se reembolsarem do que despenderam no desempenho do encargo, à semelhança do que ocorre no contrato de mandato (conforme previsão do artigo 681 do Código Civil)?³⁵ No contrato de transporte de coisas, o transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a coisa transportada até o pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso, tal como sucede no transporte de pessoas (a teor do artigo

³³ Embora o comodatário ostente a qualidade de possuidor direto (no bojo do fenômeno do desdobramento da relação possessória), aqui se fala em *extensão* – e não em *aplicação direta* da normativa dispensada ao possuidor – por se ter em mente a possibilidade de despesas extraordinárias que não configurem tecnicamente benfeitorias (no sentido de melhoramentos da coisa). A ilustrar o entendimento pela aplicação direta da disciplina da posse: “Benfeitorias realizadas pelo comodatário no bem dado em comodato poderão ser indenizadas pelo comodante, segundo as regras gerais referentes a benfeitorias (v. CC, arts. 96 e 1.219-1.222), salvo convenção em contrário. Benfeitorias indenizáveis, neste caso, são aquelas que têm natureza extraordinária, isto é, as necessárias e urgentes. Não caberá indenização se as benfeitorias apenas contribuem para a melhoria da coisa, ‘ainda que ultrapassem da normalidade e tornem mais prestadia’ (...). Por se caracterizarem como benfeitorias necessárias, é possível que o comodatário exerça o direito de retenção (CC, art. 1.219)” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 305).

³⁴ Sem pretensão de tratamento definitivo da questão, vale destacar que, ao contrário do depósito voluntário (artigo 628 do Código Civil), o depósito necessário presume-se oneroso (artigo 651 do Código Civil), a indicar que parece fazer especial sentido o direito de retenção no bojo do depósito necessário.

³⁵ Na seara de controle de distribuição, parece mais simples responder afirmativamente, em razão da remissão genérica à disciplina do mandato estatuída pelo artigo 721 do Código Civil (*verbis*: “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”).

742 do Código Civil)?³⁶

Cabe, ainda, questionar, ora na seara dos direitos reais: na hipótese de descoberta de coisa alheia (artigo 1.233 do Código Civil), o descobridor tem direito de retenção da coisa enquanto não lhe for paga a “recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la”, de que trata o artigo 1.234 do Código Civil? Questiona-se, ainda: na hipótese de achado do tesouro por terceiro não autorizado (artigo 1.265 do Código Civil), caso se admita que o referido descobridor tem direito ao reembolso das despesas, poderá ele exercer direito de retenção sobre a coisa até o respectivo pagamento? Por fim, no que tange aos efeitos da posse, pode-se reconhecer direito de retenção ao possuidor de boa-fé até o reembolso das despesas de produção e custeio em relação aos frutos pendentes (artigo 1.214 do Código Civil) ou mesmo em relação aos produtos extraídos da coisa?³⁷

A enunciação de todos esses questionamentos tem por escopo não a enunciação de respostas pretensamente definitivas, mas sim o fomento do debate acerca da possibilidade de reconhecimento do direito de retenção à míngua de previsão legal expressa. Parece possível apontar, a propósito, certa prevalência, na doutrina estrangeira, do entendimento no sentido da taxatividade de hipóteses autorizadas do direito de retenção,³⁸ sem embargo da pluralidade de fundamentos que se lhe

³⁶ Talvez seja relevante diferenciar, no contrato de transporte de coisas, o destinatário-contratante do destinatário-terceiro para afirmar que somente o contratante poderia ver oposto contra si o remédio retentório. Já no que tange ao destinatário-terceiro, qualificado como beneficiário de uma estipulação em favor de terceiro (de modo a poder exigir a entrega da coisa), talvez fosse o caso de se reconhecer a inoponibilidade do direito de retenção.

³⁷ O questionamento remonta à lição de San Tiago Dantas: “Muito importante é saber que a lei protege tanto o direito do possuidor de boa-fé que, além da indenização pelas benfeitorias, lhe confere ainda o direito à retenção, até que a indenização tenha sido feita. Não tem ele indenização pelas despesas com o custeio dos frutos, por exemplo, mas tem, indubitavelmente, o direito de retenção pelas benfeitorias. Aliás, quanto aos frutos pendentes, pode haver uma discussão: é claro e insofismável que o possuidor de má-fé não tem direito de retenção pelas indenizações que lhe são devidas com o custeio dos produtos, mas, quanto ao possuidor de boa-fé, o assunto já merece uma discussão mais pormenorizada” (DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil*. Volume III. 2. ed. Atual. Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Rio, 1984, p. 91). Alvin Lima formula proposição ainda mais contundente e critica frontalmente a opção legislativa de vedar o exercício do direito de retenção pelo possuidor de má-fé (previsão contida no artigo 517 do Código Civil de 1916, a que corresponde, sem alteração substancial, o artigo 1.220 do diploma de 2002): “Ora, desde que a própria lei assegura ao possuidor de má fé, na hipótese em debate, o direito de crédito pelo valor das benfeitorias, pretender negar-se ao dito possuidor o direito de retenção, como castigo ou pena à sua má fé, seria criar uma sanção em nome de um princípio repellido pela orientação moderna do direito civil” (LIMA, Alvin. *O direito de retenção e o possuidor de má fé*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1995, p. 56).

³⁸ Angelo Barba sintetiza: “O princípio já reclamado em precedência, acerca da excepcionalidade dos meios de autotutela, não é o único sobre o qual repousa a difusa convicção da impossibilidade de estender a retenção para além dos casos previstos em lei” (BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., pp. 1.386. Tradução livre do original). Para uma análise dos principais argumentos favoráveis e contrários, no âmbito da doutrina espanhola, à extensão do direito de retenção a hipóteses não previstas em lei, v. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 145-153.

costumam atribuir – como a equidade e a boa-fé objetiva.³⁹

A afirmação da taxatividade do remédio retentório costuma estar acoplada ao reconhecimento do seu carácter real.⁴⁰ De fato, caso reconhecida natureza real ao referido direito, razão provavelmente não haveria para o afastamento dos atributos gerais da taxatividade e da tipicidade. Compreende-se, assim, a conclusão alcançada por parcela da doutrina portuguesa no sentido da taxatividade das hipóteses previstas no artigo 755 do Código Civil de 1966.⁴¹ Sem prejuízo da cláusula geral contida no artigo 754 do referido diploma, a advertência doutrinária residiria no não cabimento da extensão do artigo 755 para hipóteses análogas, porém carentes dos requisitos gerais do direito de retenção.⁴² Segundo tal concepção, o remédio retentório estaria submetido, simultaneamente, a um sistema de *numerus clausus* e a um sistema de *numerus apertus*: a não taxatividade seria a regra para as hipóteses de retenção passíveis de recondução à mencionada cláusula geral, ao passo que o modelo de taxatividade vigeria para as hipóteses não amoldadas aos requisitos configuradores da retenção aos moldes da cláusula geral.⁴³

No âmbito do direito brasileiro, sinalizam contra a atribuição de carácter real ao direito de retenção a ausência de oponibilidade *erga omnes*, a ausência da publicidade característica (e mesmo justificadora da eficácia absoluta) dos direitos reais e, sobretudo, a ausência de previsão legal expressa – seja mediante cláusula geral própria para a retenção, seja mediante previsões específicas no uso da técnica legislativa regulamentar. Não parece possível, em síntese, reconhecer natureza de direito real ao remédio retentório, o que finda por depor favoravelmente ao seu reconhecimento independentemente de previsão legal expressa. A questão não se resolve, todavia, pela mera invocação da analogia: como é notório, a analogia não consiste em um fundamento, mas sim em uma técnica hermenêutica, a demandar, para a sua aplicação, a perquirição da *ratio* da norma que se busca estender a outras hipóteses (*ubi eadem*

³⁹ A sustentar a taxatividade do direito de retenção, embora lhe identifique como fundamento a cláusula geral de boa-fé objetiva, v. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 357. Diversamente, em sentido contrário à taxatividade estrita do direito de retenção, vislumbrando na equidade o fundamento do remédio, v. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 150-153.

⁴⁰ V., entre outros, BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 26.

⁴¹ Em sentido tendencialmente oposto, José de Oliveira Ascensão propõe-se a solucionar o que identifica como “confusão da tipicidade do direito real com a tipicidade dos factos constitutivos”: “Quer perante o Código velho quer perante o art. 755º do actual, se levanta um problema de tipicidade dos factos constitutivos. Terá de perguntar-se, e perguntou-se efectivamente, se o direito de retenção surge também noutras situações. Mas não há um problema de tipicidade do direito real de retenção – este está perfeitamente estabelecido na lei, e é único, quaisquer que sejam os factos constitutivos de que derive” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., p. 553).

⁴² V. SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. *Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca*, cit., p. 103.

⁴³ A propósito, v. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., pp. 348-349.

ratio, ibi eadem iuris dispositio – onde houver a mesma razão, deve haver a mesma disposição jurídica).

Quer-se com isso demonstrar que a analogia (como técnica de colmatação de lacunas aparentes) não pode ser, ela própria, a *ratio* a justificar a extensão da disciplina jurídica de um dispositivo legal a hipóteses similares. Incumbe ao intérprete, com efeito, perquirir, na unidade do ordenamento, o fundamento que possa justificar o tratamento comum. No específico caso do direito de retenção, o que parece justificar, do ponto de vista valorativo, a extensão do remédio retentório a hipóteses não expressamente previstas em lei é a preocupação em reforçar a posição do credor mediante a coerção indireta do devedor à satisfação dos débitos relacionados à própria coisa a ser retida, não se identificando fundamento idôneo a justificar um tratamento diferenciado a credores em situação substancialmente idêntica.⁴⁴ A identificação do referido fundamento comum às variadas hipóteses de direito de retenção conduz, ainda, ao reconhecimento da identidade funcional entre o remédio retentório e a exceção de contrato não cumprido, a justificar o desenvolvimento de uma disciplina comum dos mecanismos defensivos de autotutela privada.⁴⁵

5. Perspectivas de revisitação da conclusão no caso em tela a partir da aproximação funcional entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido

A investigação que ora se propõe poderia ser metaforicamente representada pelo passo inicial de um vasto trajeto a percorrer rumo à formulação de uma disciplina comum da

⁴⁴ Cogita-se, em doutrina, da identificação da vedação ao enriquecimento sem causa como o fundamento comum das variadas hipóteses de incidência do direito de retenção. Assim se manifesta, por exemplo, Alvinho Lima especificamente a propósito da retenção das benfeitorias necessárias por parte do possuidor de má-fé: “Se é verdade que a *actio de in rem verso* tem por fim estabelecer equilíbrio dos patrimônios, evitando o enriquecimento injusto, como negar a segurança deste equilíbrio, o meio seguro de evitar o enriquecimento injusto, não concedendo ao possuidor de má fé o direito de retenção, para garantir-lhe o direito de crédito reconhecido pela lei?” (LIMA, Alvinho. *O direito de retenção e o possuidor de má fé*, cit., p. 45). Sem pugnar por autêntica divergência, optou-se, no presente estudo, por evitar o recurso à vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento comum da retenção, em razão do receio de que a sua invocação indiscriminada se contraponha à precisão conceitual almejada na seara restitutória.

⁴⁵ Angelo Barba conclui em sentido semelhante: “Atualmente não parece sustentável, nem necessário, o recurso à analogia; o legislador de 1942 reconheceu ao contratante o poder de ‘recusar-se a adimplir a sua obrigação, se o outro não adimplir ou não oferecer o adimplemento contemporaneamente da própria’ (art. 1460 c.c.), e delineou a ‘medida’ de tal poder através da cláusula de boa-fé. A regra ditada para os contratos de prestações correspectivas consente, graças à referência à boa-fé, uma reconstrução em termos unitários da autotutela reconhecida ao privado na atuação da relação jurídica que se funda sobre o critério da inexigibilidade da prestação extraído do princípio de boa-fé e correição como cláusulas gerais reclamadas em toda a existência de contrato e da obrigação” (BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., p. 1.387. Tradução livre do original). O autor arremata: “Em tais perspectivas, também a retenção, na sua mais clássica acepção, pode ser entendida como recusa da prestação que tenha por objeto a devolução de um bem material, tornada inexigível pelo comportamento do credor; ela reingressa, então, no âmbito da autotutela privada sem nenhuma pretensão de lhe exaurir o conteúdo, podendo-se igualmente configurar como legítima a recusa de prestações diversas da devolução se tornadas inexigíveis” (Ibid., p. 1.387. Tradução livre).

autotutela no direito civil, particularmente no que tange aos seus mecanismos de caráter defensivo. No que tange ao objeto do presente estudo, observa-se que as convergências e divergências entre o direito de retenção e a exceção e contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) frequentemente exsurtem por ocasião da análise da categoria dos contratos bilaterais imperfeitos.⁴⁶ Sem embargo das críticas que se podem opor à própria noção de bilateralidade imperfeita,⁴⁷ afigura-se valiosa a análise de alguns dos exemplos⁴⁸ enunciados pela doutrina a respeito dessa suposta categoria intermediária entre a bilateralidade perfeita e a unilateralidade. Com efeito, o surgimento do direito de retenção na generalidade dos contratos ditos *bilaterais imperfeitos*, como instrumento coercitivo indireto ao cumprimento de obrigação surgida supervenientemente, conduz à seguinte hipótese: cogita-se do reconhecimento de tal direito de retenção como uma manifestação da tutela conferida ao sinalagma contratual (em particular, a possibilidade de manejo da exceção de contrato não cumprido), uma vez que a bilateralidade, ainda que superveniente, corresponde substancialmente à mesma noção.⁴⁹

Prevalece, em doutrina, a tese da dissociação entre o direito de retenção e a exceção de

⁴⁶ “Segundo a lição tradicional, trata-se de terceira categoria – situada entre a unilateralidade e a bilateralidade – concebida para qualificar os contratos que, embora unilaterais em sua gênese, venham a assumir contornos assemelhados aos contratos bilaterais no curso da sua execução. Afirma-se que os contratos bilaterais imperfeitos afastam-se dos bilaterais propriamente ditos porque naqueles surgem obrigações não existentes quando da celebração do contrato e sem nexos de corresponsabilidade com as prestações a cargo da outra parte” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual*. *Revista de Direito Privado*, a. 18, vol. 78, jun./2017, p. 60). A propósito da denominada bilateralidade imperfeita, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 21 ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 60; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30; e LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 249 e segs.

⁴⁷ Conforme se teve oportunidade de sustentar em outra sede: “Com efeito, a assunção da bilateralidade como corresponsabilidade funcional entre polos prestacionais torna despicienda a categoria dos contratos bilaterais imperfeitos: ou bem há corresponsabilidade funcional (independentemente da fonte ou do momento de surgimento das obrigações) e o contrato é bilateral/sinalagmático, ou falta tal corresponsabilidade e o contrato é unilateral/não sinalagmático. A rigor, o fato de determinadas prestações surgirem apenas no decorrer da execução contratual será relevante para outros tipos de análise, mas não se estará tratando de uma sinalagmaticidade substancialmente distinta caso se verifique o surgimento de um sinalagma superveniente (não já originário) à formação do contrato. *Tertium non datur*: ou a prestação surgida *a posteriori* manterá nexos de corresponsabilidade com outras, ou não manterá” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 61).

⁴⁸ Pense-se, a título ilustrativo, no usual exemplo do contrato de depósito gratuito, no qual é reconhecido ao depositário o direito de retenção caso o depositante não lhe reembolse das despesas feitas com a coisa (artigos 643 e 644 do Código Civil).

⁴⁹ Serpa Lopes sintetiza a controvérsia: “Todavia a controvérsia é grande a esse respeito, de modo a surgirem três correntes: 1^a) a dos que confundem os dois institutos, de modo a encará-los como noções de igual teor; 2^a) os que separam a *exc. n. ad. contractus* do direito de retenção, entendendo-os institutos absolutamente distintos, cada qual com os seus efeitos próprios; 3^a) uma terceira categoria, de caráter eclético, considera ambos os institutos, ainda que mantendo caracteres distintos, reflexos de um mesmo problema” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais*, cit., p. 207).

contrato não cumprido.⁵⁰ Busca-se fundamentar tal entendimento com base em considerável diversidade de argumentos. Já se sustentou, a propósito, que a distinção entre os remédios poderia ser extraída da diversidade de objetos, vez que a *exceptio* teria aplicação diante de quaisquer prestações, enquanto a retenção estaria restrita às obrigações de restituir coisa certa.⁵¹ Acoplada à diversidade de objetos, costuma-se apontar a diversidade de âmbitos de aplicação, a indicar que a feição supostamente real da retenção se contraporiria ao caráter eminentemente pessoal da *exceptio*.⁵²

Também com o referido propósito diferenciador, afirma-se que o direito de retenção estaria submetido a um regime de estrita taxatividade legal, em oposição à sistemática de previsão da exceção de contrato não cumprido por meio de uma cláusula geral.⁵³ Já se afirmou, ainda, que a distinção entre os remédios seria perceptível na impossibilidade de afastamento da *exceptio* mediante prestação de caução, diversamente do que sucederia diante do direito de retenção.⁵⁴ Sem embargo de todos os argumentos utilizados para justificar a distinção entre os remédios em comento, o maior destaque é atribuído ao critério distintivo pautado no sinalagma: a exceção de contrato não cumprido consistiria em remédio peculiar dos contratos sinalagmáticos, ao passo que o direito de retenção traduziria remédio de contratos não sinalagmáticos (como os bilaterais imperfeitos)⁵⁵ ou mesmo de vínculos não contratuais (como na disciplina dos efeitos da posse).⁵⁶

Ainda a respeito da distinção com base no sinalagma, afirma-se que a retenção pressuporia conexão entre um direito de crédito e uma coisa, enquanto a *exceptio* dependeria de comprovado vínculo sinalagmático entre prestações (e não entre

⁵⁰ V., por todos, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 203; e SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, pp. 46-52.

⁵¹ Nesse sentido, v. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 141-142.

⁵² Nesse sentido, v. GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 53-56.

⁵³ “A questão provavelmente teria permanecido confinada ao espaço efêmero das disputas terminológicas se não se tivesse colocado em jogo – de modo mais ou menos consciente – a capacidade transitiva da única característica certa e incontroversa da retenção ‘verdadeira e própria’: ainda uma vez, a excepcionalidade do remédio, submetido a uma regra de rígida tipicidade legal” (DELLACASA, Matteo; ADDIS, Fabio. *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato de lcontratto*. Volume V: *Rimedi – 2*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 439. Tradução livre do original). No mesmo sentido, v. BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 26-27.

⁵⁴ Nesse sentido, v. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume II. 7. ed. Coimbra: Almedina. 1997, p. 581.

⁵⁵ A sustentar o cabimento apenas do direito de retenção (e não da *exceptio*) na seara dos contratos bilaterais imperfeitos, v. SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*, cit., pp. 118-125.

⁵⁶ “A diferença fundamental entre as duas figuras vem consubstanciada no fato de que enquanto a exceção de inadimplemento pressupõe a existência de um contrato de prestações correspectivas e a recusa da prestação deve se referir a uma das obrigações vinculadas ao sinalagma, a retenção é atribuída ‘também em casos nos quais de contrato não se pode por certo falar’” (BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., p. 1.379. Tradução livre do original).

prestação e coisa).⁵⁷ De qualquer modo, no âmbito das proposições teóricas de diferenciação dos remédios tem-se feito constar a ressalva sobre a sua possibilidade de coexistência, desde que preenchidos seus distintos requisitos.⁵⁸

As precedentes linhas argumentativas parecem ressaltar diferenças meramente estruturais entre os remédios, sem aptidão a justificar a existência de uma distinção funcional entre a *exceptio* e o direito de retenção.⁵⁹ A presente constatação não é infirmada sequer pela argumentação pautada no sinalagma: em realidade, o fato de certas prestações surgirem no curso da relação contratual concretamente estabelecida não impede a configuração de autêntico vínculo sinalagmático – desde que se constate, por certo, a indispensável correspectividade funcional.⁶⁰ Talvez seja chegada a hora de se revisitar a própria noção – usualmente tomada como autêntico dogma – de que a correspectividade prestacional é atributo exclusivo das relações contratuais. No contínuo percurso rumo à disciplina comum das relações patrimoniais, não deverá causar espanto a cogitação de reconhecimento, também a propósito das obrigações oriundas de relações reais, do particular liame funcional de que se constitui o sinalagma,⁶¹ desde que verificado, no caso concreto, o nexos de correspectividade entre

⁵⁷ “Foi indicada também a possível proximidade do direito de retenção com a chamada *exceptio non adimpleti contractus*. O obrigado à restituição recusa o cumprimento da prestação a seu cargo por não ter sido cumprida pela outra parte a obrigação de indenização ou de reembolso a que dita parte estava comprometida. Sem embargo, ainda que reconhecido o possível parentesco que existe entre uma e outra figura, ambas não se identificam. A *exceptio non adimpleti contractus* pressupõe uma relação obrigatória sinalagmática e, por tanto, um vínculo de reciprocidade perfeitamente caracterizado entre as duas obrigações, em virtude de um sinalagma genético e funcional. No direito de retenção existe, obviamente, uma conexão entre o crédito e a coisa, porém o dever de restituição e o dever de reembolso não são em sentido genuíno sinalagmáticas” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volume II. 6. ed. Navarra: Civitas, 2008, pp. 474-475. Tradução livre do original). No mesmo sentido, v. BETTI, Emilio. Autotutela, cit., p. 531; e BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali, cit., p. 27.

⁵⁸ Nesse sentido, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 978-979; SAPUILLE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, cit., p. 102. Em sentido contrário à possibilidade de coexistência simultânea dos remédios, v. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 325.

⁵⁹ Nesse sentido, v. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004, p. 2.245.

⁶⁰ Referida possibilidade de configuração do sinalagma tendo por referência o período posterior à celebração do contrato é destacada especialmente pela doutrina que distingue *sinalagma genético* e *sinalagma funcional*. Para uma análise detida a respeito, v. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volume II, cit., pp. 432-433; e SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hatmut (Coords.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Volume 2. 6. ed. München: C. H. Beck, 2012, pp. 2.028-2.029. Compreende-se, enfim, que a assunção da bilateralidade como correspectividade funcional entre polos prestacionais torna despicienda a categoria dos contratos bilaterais imperfeitos, como destaca DROSS, William. L’exception d’inexécution: essai de généralisation. *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 1, jan.-mar./2014, p. 9.

⁶¹ Semelhante conclusão é alcançada, no âmbito da doutrina espanhola, por Íñigo Mateo y Villa ao analisar criticamente a lição de Karl Larenz: “Por sua parte, Larenz, em uma linha similar de comparação, embora com elementos distintos, entende que ambas as figuras se distinguem em que a *exceptio inadimpleti contractus* em lugar quando as prestações, dentro da relação jurídica, tenham sido criadas, cada uma, em razão da outra, enquanto o direito de retenção nasce da mesma relação jurídica. Resulta difícil entender, acrescentamos, que todo direito de retenção não derive de uma relação jurídica. A postura desse autor apenas é compreensível se distinguirmos entre prestações principais e acessórias do negócio jurídico, de maneira que a *exceptio inadimpleti contractus* somente surgiria quando o insatisfeito por uma parte e o não entregue, em resposta, pela outra, sejam as prestações principais; nos demais casos, produz-se direito de retenção” (VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 86-87. Tradução livre do original).

prestações – ou, como já se pôde sustentar, entre polos prestacionais.⁶² Tal percepção permitiria, no que tange ao objeto precípua deste estudo, visitar a conexão apontada como requisito do direito de retenção, para se afastar do tradicional sentido de conexão entre crédito e coisa em prol de uma renovada concepção de conexão entre prestações (direito de crédito do retentor *versus* direito do titular à entrega da coisa).

Nessa perspectiva, conclui-se haver nítida identidade funcional entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido, a justificar o seu tratamento conjunto sob o manto da disciplina geral dos mecanismos defensivos de autotutela no direito civil.⁶³ Não surpreende, portanto, a diversidade entre as proposições doutrinárias que ora visualizam a *exceptio* como espécie de retenção,⁶⁴ ora identificam a retenção como espécie de *exceptio*,⁶⁵ ou mesmo entendem ambas como espécies de um mesmo gênero.⁶⁶ Por certo, não se ignora que os referidos remédios, por expressa opção legislativa, podem manifestar-se com roupagens ligeiramente distintas. Tal distinção estrutural (não já funcional) é particularmente perceptível nos contratos que envolvem prestações de dar coisa certa: através da exceção de contrato não cumprido, a parte se recusa a *entregar* coisa *própria*, enquanto mediante o direito de retenção a parte se

⁶² A propósito da ressignificação do sinalagma sob os influxos da boa-fé objetiva, a culminar na superação do vínculo entre prestações em prol do reconhecimento da corresponsabilidade entre polos prestacionais, v. SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., pp. 63 e ss.

⁶³ William Dross alcança idêntica conclusão no âmbito da doutrina francesa: “Considerado que a exceção de inadimplemento e o direito de retenção participam de um singular e único mecanismo original, torna-se possível vislumbrar não mais sua simples aproximação, mas sua verdadeira fusão e tirar proveito, então, de seu estudo comparado para fazer advir um domínio e um regime que lhes seja comum” (DROSS, William. L’exception d’inexécution, cit., p. 4. Tradução livre do original). Interessante ponto de convergência entre os remédios em análise diz respeito, segundo a lição de António Pinto Monteiro, à inafastabilidade por efeito de cláusula de exclusão da responsabilidade: “Pelas mesmas razões, por último – e atendendo, uma vez mais, a que o devedor se mantém obrigado a satisfazer a prestação a que se vinculou por contrato válido e eficaz –, poderá o credor lançar mão de outros meios de tutela, prevenindo-se quanto a uma possível falta de cumprimento. Referimo-nos, designadamente, à faculdade de em contratos bilaterais qualquer dos contraentes poder invocar a exceção de não cumprimento do contrato, recusando a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo (...). Este meio defensivo – que ‘é ainda um testemunho da juridicidade do vínculo’ – também não é prejudicado pela cláusula de exclusão, a qual, com efeito, afasta a responsabilidade, mas não o dever de cumprir a prestação, derivando a *exceptio*, pois, ‘do próprio crédito em que está a causa da obrigação do excepcionante’” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 205-206). O autor arremata: “Em termos semelhantes, e verificados os seus pressupostos, a cláusula de irresponsabilidade também não preclude, da mesma forma, o exercício do direito de retenção, a acção direta, ou a declaração de compensação, que são ainda, de certa forma, meios coactivos de realização da prestação” (Ibid., p. 206).

⁶⁴ V. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 86-87.

⁶⁵ V. DROSS, William. L’exception d’inexécution, cit., p. 3.

⁶⁶ V. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais*, cit., p. 219.

recusa a *restituir* coisa *alheia*.⁶⁷ Uma vez mais, porém, observa-se que a diversidade estrutural não permite ignorar a similitude funcional entre os remédios no âmbito do regime jurídico do descumprimento contratual.

A partir de tais considerações, pode-se vislumbrar na decisão da Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp. 1.628.385/ES a resposta correta a uma questão mal colocada. Com efeito, não merece reparos a conclusão da Corte a respeito da qualificação da situação da oficina mecânica (parte ré da ação de reintegração de posse) como de mera detenção, por não se fazer presente o requisito de exercício, em nome próprio, dos poderes inerentes à propriedade, tal como estatuído pelos artigos 1.196 e 1.204 do Código Civil. Da ausência de situação possessória decorreria, como corolário lógico, o não reconhecimento do direito de retenção assegurado ao possuidor de boa-fé pelo artigo 1.219 do Código Civil.

A previsão do direito de retenção no âmbito dos efeitos da posse constituiu o argumento central com que a parte ré na ação de reintegração de posse buscou fundamentar o concreto exercício da retenção. Tal percepção faz-se da maior relevância para se evitar que o intérprete menos atento extraia da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça uma conclusão – não formalizada pelo acórdão em comento – sobre a suposta taxatividade do direito de retenção no sistema brasileiro.

Reconhece-se, conforme já relatado, que tanto a Terceira Turma do STJ quanto o juízo de piso externaram louvável preocupação a respeito da contenção do âmbito de incidência do direito de retenção em razão da sua natureza de mecanismo de autotutela; disso, porém, não parece ser possível extrair um posicionamento conclusivo no presente caso acerca da taxatividade ou não do remédio retentório. Verifica-se, em suma, do ponto de vista científico, uma malversação da questão na concreta ação de reintegração de posse, por ter a controvérsia se cingido à análise de um efeito específico da posse, em vez de se tratar mais diretamente da taxatividade ou não do direito de retenção no sistema brasileiro.

⁶⁷ “À luz de análises doutrinárias penetrantes, já se sugeriu que a exceção de inexecução repousaria sobre o vínculo de interdependência existente entre as obrigações oriundas de uma mesma relação sinalagmática, ao passo que o direito de retenção procederia do vínculo de conexidade existente um crédito e a detenção de uma coisa. O critério se aplica sem dificuldade quando a obrigação cuja execução se pretende suspender não tem por objeto a restituição de uma coisa. (...) Por outro lado, a escolha é muito mais árdua quando o objeto da obrigação suspensa é a transferência ou a restituição de uma coisa. De fato, se admitimos a existência de um vínculo de interdependência mesmo nos contratos sinalagmáticos imperfeitos (...), os domínios de aplicação de cada uma dessas noções se sobrepõem muito largamente” (TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; e LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2013, p. 689. Tradução livre do original).

6. Síntese conclusiva

O acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ nos autos do REsp. 1.628.385/ES revela a atualidade da controvérsia atinente à taxatividade ou não do direito de retenção. O presente estudo buscou, em síntese essencial, partir do referido caso concreto para a elucidação de uma das tantas dúvidas suscitadas pelo tratamento assistemático conferido pela legislação brasileira para o regramento do remédio retentório. Espera-se, ao fim, que as precedentes considerações contribuam, ainda que indiretamente, para o desenvolvimento de novas reflexões sobre os contornos contemporâneos dos mecanismos de autotutela no direito privado.

7. Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- AYNÈS, Laurent; CROCQ, Pierre. *Droit des sûretés*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2016.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BARBA, Angelo. Ritenzione (diritto privato) [verbete]. *Enciclopedia del diritto*. Volume XL. Milano: Giuffrè, 1989.
- BASSO, Paolo. *Il diritto di ritenzione*. Milano: Giuffrè, 2010.
- BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali: artt. 1460-1462. In: BUSNELLI, Francesco C. (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BETTI, Emilio. Autotutela (diritto privato) [verbete]. *Enciclopedia del diritto*. Volume IV. Milano: Giuffrè, 1959.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis, 1991.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil*. Volume III. 2. ed. Atual. Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Rio, 1984.
- DELLACASA, Matteo; ADDIS, Fabio. Inattuazione e risoluzione: i rimedi. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato de lcontratto*. Volume V: *Rimedi – 2*. Milano: Giuffrè, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volume II. 6. ed. Navarra: Civitas, 2008.
- DROSS, William. L'exception d'inexécution: essai de généralisation. *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 1, jan.-mar./2014, pp. 1-27.

FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*. Coimbra: Almedina, 2015.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010.

IMBETT, Carlos Alberto Chinchilla. La excepción de incumplimiento contractual en la reforma del Código Civil francés: un análisis a partir de los límites a la excepción. *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, 2017, pp. 1-25.

JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volume I. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967.

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

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MATIELI, Louise Vago; SOUSA, Thiago Andrade. Situações jurídicas reais vs. situações jurídicas obrigacionais. A crise da dicotomia e a viabilidade de um direito comum para as situações patrimoniais. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Direito das relações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul.-set./2016, pp. 8-30.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 21. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RENTERÍA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hatmut (Coords.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Volume 2. 6. ed. München: C. H. Beck, 2012.

SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (Coord.). *Garantias das obrigações: publicação dos trabalhos do mestrado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Aécio Lacerda *et alii*. Retenção [verbete]. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 26. São Paulo: Saraiva, 1977.

SATURNO, Angelo. Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità. *Rassegna di diritto civile*, a. 12, 1991.

SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, a. 18, vol. 78, jun./2017, pp. 43-83.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 4, abr.-jun./2015, pp. 54-80.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; e LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2013.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume II. 7. ed. Coimbra: Almedina. 1997.

VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*. Navarra: Aranzadi, 2014.

Como citar: SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/notas-sobre-o-cabimento-do-direito-de-retencao/>>. Data de acesso.