

Os Embargos de Retenção por Benfeitorias **nas Ações Executivas ‘lato sensu’**

Nelson Rodrigues Netto

Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação dos Advogados de São Paulo. Professor Doutor de Direito Processual Civil do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU. Advogado e consultor jurídico.

I – Introdução

Dentre as variadas alterações sofridas pelo processo civil brasileiro recentemente, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, em vigor desde 7 de agosto de 2002, sistematizou as tutelas para entrega de coisa, utilizando como critério de classificação a existência ou não de título executivo extrajudicial.¹

De tal sorte, inexistindo título segue-se a tutela executiva *lato sensu* (ou mandamental), com base no artigo 461-A e nos parágrafos 1º a 6º, do artigo 461, e, havendo título executivo extrajudicial adota-se a tutela executiva, segundo os artigos 621 a 631 (nada impedindo que o juiz se valha dos poderes conferidos pelos artigos 461 e 461-A).

Neste passo, cabe apontar que a ação executiva *lato sensu* caracteriza-se pela possibilidade de obtenção da prestação específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, por intermédio de medidas necessárias determinadas pelo

¹ Ficou superado o critério que levava em conta o procedimento, *geral* ou *especial*, e sobre o qual havíamos desenvolvido raciocínio sobre a cumulação de execuções, cf. *Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 107, jul./set., 2002, p. 64-81.

juiz e realizadas por auxiliares da Justiça ou terceiros, independentemente de qualquer atividade do demandado.

Apresenta-se como traço comum, entre a tutela executiva *lato sensu* e a tutela mandamental, o seu procedimento *híbrido* ou *sincretístico*², no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos.

II – Os Embargos de Retenção por Benfeitorias

Neste quadro, merece destaque o tema relativo ao direito de retenção na ação de conhecimento para entrega de coisa, com fundamento no artigo 461-A³.

O *caput* do artigo 744⁴ foi alterado para ser adaptado ao processo de execução de para entrega de coisa que, atualmente, somente existe quando lastreado em títulos executivos extrajudiciais. Deste modo, suprimiu-se a referência sobre execução de sentença fundada em direito real ou pessoal, re-allocando-se o dispositivo para o capítulo pertinente aos embargos fundados em títulos extrajudiciais (capítulo III, do título III, do livro do Processo de Execução).

² Optamos pela palavra *híbrido* ao invés de *sincretístico* para afastar qualquer confusão com a fase *sincretista* do direito processual (sobre as fases metodológicas do processo, v. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, pp. 42/45).

³ Redação primitiva: inexistente;

Redação atual: "Art. 461-A - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§1º - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§3º - Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461".

⁴ Redação primitiva: "Art. 744. Na execução de sentença, proferida em ação fundada em direito real ou direito pessoal sobre a coisa é lícito ao devedor deduzir também embargos de retenção por benfeitorias(...)";

Redação atual: "Art. 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias(...)".

Assim, é certo que nas ações para entrega de coisa, afastada a possibilidade jurídica da incoação da execução e, por conseguinte, da oposição de embargos do devedor, deverá o réu, pelo princípio da eventualidade da defesa, alegar em seu prazo de resposta todas as matérias que entenda pertinente, atacando vícios do processo e da ação e enfrentando o próprio mérito.

Logo, igualmente, incabível a dedução de embargos de retenção⁵, ponto sobre o qual já havíamos nos interessado, antes da atual Reforma, manifestando-nos nos seguintes termos: *“As alegações sobre direito de retenção, tanto pelas despesas que o demandado incorreu com a guarda e manutenção do bem, quanto por benfeitorias, devem ser alegadas no momento do oferecimento da defesa. Em sendo reconhecido tal direito na sentença, o procedimento deverá ser prolongado, admitindo a apuração do quantum devido (pela forma de liquidação de sentença cabível) e, somente se admitindo a prévia transferência do bem para o demandante vitorioso, mediante caução do valor equivalente as benfeitorias (art. 744, CPC)”*.⁶

Preambularmente, é necessário esclarecer que o direito de retenção tem origem no direito material, consistindo de um direito acessório e de garantia⁷ que recai sobre a coisa, visando resguardar o direito do réu, possuidor de boa-fé⁸, de ser indenizado por benfeitorias necessárias e úteis que tenha realizado no bem antes de ter de devolvê-lo ao seu legítimo possuidor ou proprietário, consoante estipula o artigo 1.219, do Código Civil em vigor.⁹

⁵ Adotam o mesmo raciocínio, José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 162; Pedro Luiz Pozza, *As Novas Regras dos Recursos no Processo Civil e outras Alterações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115.

⁶ *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva “Lato Sensu”*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 158.

⁷ Sílvio de Salvo Venosa é expresso: *“O direito de retenção do possuidor de boa-fé é modalidade de garantia no cumprimento da obrigação”*. *Direito Civil*. 3ª Ed. Vol. 5. São Paulo: Atlas, p. 109. Em sentido semelhante, Sílvio Rodrigues. *Direito Civil*. 27ª Ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, p. 70.

⁸ Segundo o artigo 1.201, do CC: *“É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa”*.

⁹ Este o teor do artigo 1.219 (praticamente reproduz o conteúdo do artigo 516, do CC/1916): *“O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”*.

Portanto, a primeira conclusão que se obtém é de que o possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis que tiver realizado na coisa e, por via de consequência, tem o direito de garantia de reter a coisa até a satisfação da indenização devida.

Destarte, a modificação do direito processual não tem o condão de suprimir o direito substancial de indenização por benfeitorias e o consequente direito de exercício da retenção da coisa.

Uma segunda conclusão é identificada, a partir da interpretação constitucional do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do direito de ação, consoante o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: a possibilidade jurídica da propositura de uma ação autônoma fundada em pedido de indenização por benfeitorias pelo possuidor de boa-fé, enquanto ele tenha conservado esse *status*, exercendo legitimamente a retenção da coisa até a satisfação da sentença de procedência, com base no aludido artigo 1219.

Sendo ponto pacífico que, atualmente, os embargos de retenção somente são cabíveis em execução de título executivo extrajudicial, remanesce a pergunta sobre qual o meio processual adequado para o exercício do direito de retenção nas ações executivas *lato sensu*, consoante o procedimento do artigo 461-A, do CPC.

Nas ações possessórias que se caracterizam, igualmente, pela eficácia preponderante da tutela jurisdicional como executiva *lato sensu*, o réu pode formular pedido de proteção possessória alegando que ele é quem foi ofendido em sua posse, na própria contestação, cumulando com pedido de indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor, em virtude de sua natureza dúplice, por força do artigo 922.¹⁰

A jurisprudência, em interpretação extensiva, tem admitido que o réu formule em ações possessórias, pedido de retenção da coisa por eventual indenização das

¹⁰ “Art. 922 – É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”.

benfeitorias realizadas, na própria contestação, sob pena de preclusão.¹¹ Todavia, a melhor doutrina afirma não haver qualquer óbice, previsto na lei ou oriundo do sistema processual, para o oferecimento de reconvenção em procedimentos especiais, que adotam o rito ordinário após a contestação, como é o caso das possessórias (artigo 931).^{12 13}

Rigorosamente, na ação para entrega de coisa *ex vi* artigo 461-A, que tem por objeto a posse e/ou a propriedade do bem, o réu ao pleitear indenização pelas benfeitorias e exercer o direito de retenção dela decorrente, deduz pretensão, implicando em alteração do *thema decidendum*, autorizando a reconvenção.¹⁴ Com efeito, o réu não está apenas opondo resistência à pretensão do autor, mas formulando uma pretensão própria que independe da procedência ou não da ação.¹⁵

Entretanto, já se decidiu, erroneamente, que se a contestação contiver inequivocamente uma reconvenção esta pode ser reconhecida como tal¹⁶, ou, que a

¹¹ Confira, Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª Ed. Vol. 3. São Paulo: RT, notas ao artigo 744; e, Theotônio Negrão. *Código de Processo Civil*. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva., notas ao artigo 744.

¹² Cf. Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª Ed. Vol. 2. São Paulo: RT, p. 319, e Moacir Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 22ª Ed. , 2º vol. São Paulo: Saraiva, p. 233. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery são enfáticos em destacar que a duplicidade da ação possessória limita-se, única e exclusivamente, ao pedido de proteção possessória e indenização; afora destas hipóteses do artigo 922, o pleito do réu deverá ser feito por ação incidental ou reconvenção, in, *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª Ed. São Paulo: RT, nota 1 ao artigo 922. Na jurisprudência, afirmando ser admissível reconvenção, em ação possessória, quando o pedido não é referente à posse, JTACSPS 136/59, *apud*, Alexandre de Paula, ob. cit., vol. 4, p. 3574.

¹³ São intuitivas as ementas dos acórdãos proferidos nos RREsp nº 14.138-0/MS e nº 46.218-5/GO, onde os ilustres relatores, respectivamente, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e Ministro Nilson Naves, manifestam que o direito de retenção por benfeitorias, nas ações possessórias, *deve ser alegado na resposta do réu* que, como sabido, é destacada no Código de Processo Civil como *gênero*, sendo suas espécies a contestação, as exceções e a reconvenção, *apud*, Alexandre de Paula; ob. cit., notas ao artigo 744, p. 3111.

¹⁴ Tercílio Pietroski recomenda, por entender tecnicamente apropriado, que o direito de retenção seja feito em petição autônoma, apesar de apontar jurisprudência aceitando-no na contestação, cf., *Momento processual para postular direito de retenção por benfeitorias nas ações executivas "lato sensu"*, in, RT nº 648/54.

¹⁵ Não se trata, como costumeiramente se proclama em sede doutrinária, de oposição de fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao pedido do autor que configura defesa indireta de mérito, também denominada de exceção substancial.

¹⁶ RTJ 99/671 e RP 24/135; e, em sentido contrário, reputando ser caso de indeferimento da reconvenção por inépcia: JTACSP 126/62, *apud*, Nery-Nery, ob. cit., p. 814.

despeito de existirem normas expressas (artigo 307 c.c. artigo 310, do CPC) determinando que a exceção de incompetência relativa seja declinada por petição, em procedimento próprio e apartado (artigo 299, CPC), é considerada mera irregularidade a sua apresentação como preliminar da contestação e não em peça apartada.¹⁷

Em se admitindo a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, impossível será violar a autonomia da reconvenção em face da ação e seus efeitos. Logo, se o *jus retentionis* for deduzido na contestação, esta deverá ser considerada como reconvenção, aplicando-se-lhe todos os seus efeitos, v.g., a eventual extinção da ação não influirá na pretensão à indenização por benfeitorias e o respectivo direito de reter a coisa, que deverá prosseguir até regular julgamento, com todos os seus consectários legais. (Theodoro Jr, afirma ser na contestação, invoca lição de Luis Antonio de Andrade, p. 148, vol. II).

Descortina-se que nas ações executivas *lato sensu*, o direito acessório e de garantia de retenção da coisa se apresenta como um *ônus processual*, pois a falta de sua alegação no prazo da resposta do réu, gera a sua preclusão, enquanto que o direito principal à indenização por benfeitorias remanesce íntegro, comportando ser veiculado por ação autônoma.

A posse da coisa funciona como condição necessária para o exercício do direito de retenção, enquanto opera como condição suficiente para o exercício do direito de ação de indenização pelas benfeitorias. Logo, havendo o definitivo desapossamento da coisa, seja espontaneamente pelo possuidor, seja em cumprimento de ordem judicial, torna-se impossível o exercício do direito de retenção, remanescendo, o direito à indenização, a ser exercido em ação autônoma.

Outra singularidade está no fato de que, julgadas procedentes ação e reconvenção, a efetivação do comando emergente do capítulo da sentença atinente à ação fica subordinada a uma condição suspensiva (à semelhança do preceito contido no artigo 572, do CPC) – de efetuar o pagamento da indenização ou de prestar caução do

¹⁷ V. Theotônio Negrão, ob. cit., nota 3 ao artigo 307, p. 395.

preço das benfeitorias ou da diferença entre estas e os frutos e danos a que o autor tenha direito, consoante as regras do artigo 628 e §3º, do artigo 744.¹⁸

Pode vir a complicar e prolongar o procedimento a autorização legal - à exceção da regra geral, que exige liquidez das dívidas a serem compensadas (conforme o artigo 369, do Código Civil) - para a compensação das benfeitorias com os frutos e danos (artigo 1221, do Código Civil, e artigo 744, §2º, do Código de Processo Civil), devendo, ambos serem liquidados, por meio de artigos de liquidação, segundo o procedimento ordinário (artigo 609, CPC).¹⁹

Por último, é possível vislumbrar hipóteses onde o juiz tenha deferido antecipação dos efeitos da tutela determinando a entrega da coisa *initio litis* que, posteriormente, à luz da resposta do réu, pleiteando o *jus retentionis*, deva a medida antecipatória ser revogada pelo próprio juízo de 1º grau, como expressamente autorizado pelo artigo 461, §3º. O indeferimento do pedido desafiará o recurso de agravo. A manutenção da antecipação da tutela poderá ser cabível, desde que o autor preste caução pelo valor da indenização das benfeitorias.²⁰

III – Conclusão

À título de conclusão, reiteramos nossa opinião de que a efetivação da tutela específica para entrega de coisa, antecipadamente ou após a prolação da sentença, não poderá vulnerar o direito de retenção da coisa em decorrência de benfeitorias necessárias e úteis que o réu, como possuidor de boa-fé fizer jus. A transferência da

¹⁸ Exato Joel Dias Figueira Júnior ao afirmar que: “(...) esboçado pelo réu, tempestivamente, o direito de retenção por benfeitorias, a efetivação da ordem judicial no plano dos fatos, através da executividade, ficará sempre na condição suspensiva de cumprimento prévio da obrigação de indenizar”. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*. 1ª Ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 242.

¹⁹ Esta dificuldade foi apontada por José Rogério Cruz e Tucci. O ilustre autor salienta que dúvidas poderão surgir quando, concedida a tutela específica para a entrega de coisa, houver necessidade de liquidação das benfeitorias, mormente porque no procedimento da ação executiva *lato sensu*, adotado com a nova redação do artigo 461-A., não existe mais um interregno destinado à liquidação de sentença antes da execução. Acaba por concluir que a entrega da coisa deverá ficar suspensa, a teor do §3º, do artigo 744, até que seja liquidado o crédito relativo às benfeitorias ou prestada a caução respectiva; ob. cit., p. 162, nota 8.

²⁰ Manifesta opinião concorde, Pedro Luiz Pozza, ob. cit., p. 116.

coisa, deverá ser precedida da prestação de caução do valor das benfeitorias ou do efetivo pagamento da indenização devida.