

**DIREITO DE RETENÇÃO: ESTUDO A PARTIR DA ANÁLISE FUNCIONAL
DOS REMÉDIOS DE AUTOTUTELA**

**RIGHT OF RETENTION: STUDY FROM THE FUNCTIONAL ANALYSIS
OF SELF-PROTECTION REMEDIES**

Rodrigo da Guia Silva¹

RESUMO: Este estudo, na perspectiva de promoção de uma disciplina comum dos mecanismos defensivos de autotutela privada, parte da análise dos problemas advindos do tratamento assistemático do direito de retenção no ordenamento jurídico brasileiro. Mediante análise da jurisprudência brasileira sobre a matéria e, ainda, mediante breve confronto com a experiência normativa estrangeira, propõe-se um esboço de disciplina unitária do direito de retenção. Enfrenta-se, na sequência, a problemática atinente à suposta taxatividade do direito de retenção. Ao término do estudo, investigam-se as convergências e divergências entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido, ambos relevantes mecanismos defensivos de autotutela privada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de retenção. Autotutela. Exceção de contrato não cumprido. Análise funcional do direito.

ABSTRACT: This study, in the perspective of promotion of a common discipline to defensive mechanisms of private self-protection, departs from the analysis of the problems deriving from the non-systematic treatment of the right of retention in Brazilian law. Through analysis of Brazilian jurisprudence about the theme, and after a brief remark on the foreign experience, this work proposes a first draft for a common discipline of the right of retention. It then approaches the problem of applying retention in cases in which the law did not mention it. At the end, this study shows the similarities and differences between the right of retention and the exception of non-performance, both relevant defensive mechanisms of private self-protection.

KEYWORDS: Right of retention. Self-protection. Exception of non-performance. Functional analysis of law.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o direito de retenção no contexto dos mecanismos defensivos de autotutela privada. 2. Tratamento assistemático do direito de retenção: sequelas e desafios. 3. Aspectos relevantes para o esboço de uma disciplina geral do direito de retenção. 4. A suposta taxatividade do direito de retenção. 5. Convergências e divergências entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

¹ Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Substituto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador da Clínica de Responsabilidade Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* (AHC-Brasil) e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado.

1. Introdução: o direito de retenção no contexto dos mecanismos defensivos de autotutela privada

A doutrina brasileira tem dedicado escassa 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.² Destaca-se, nesse sentido, o caráter de exceção dilatória do direito de retenção, em razão da sua vocação à coerção indireta do devedor ao pagamento.³

Não basta, para que se configure o direito de retenção, a mera apreensão física sobre coisa alheia; faz-se imprescindível, em realidade, que haja uma especial vinculação da coisa ao pagamento de determinado crédito.⁴ O objeto precípua do presente estudo consiste justamente, então, na investigação da possibilidade de sistematização do direito de retenção no direito brasileiro, em meio ao tratamento tantas vezes inconsistente conferido ao tema pelo legislador pátrio.⁵

² Nesse sentido, v. SARMENTO, Aécio Lacerda *et alii*. Retenção [verbetes]. 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, Íñigo 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, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 59. Tradução livre do original).

³ V. ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 273. O autor assevera: “Na exposição do direito Civil positivo, cumpre considerar o direito de retenção como garantia aplicável a determinadas categorias jurídicas; como meio legal de ilidir o princípio do exato cumprimento da obrigação; como garantia para assegurar o cumprimento de certas prestações, em determinados contratos sinalagmáticos; como exceção dilatária que se oponha a ações reais” (Ibid., p. 275).

⁴ 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.

⁵ 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.

Subjaz a esta empreitada metodológica a assunção de que a diminuta 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”.⁶

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.⁷ 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.⁸ Sem qualquer pretensão de aprofundamento da problemática da autotutela, chama atenção, no que tange ao 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.

⁶ 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).

⁷ 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.

⁸ 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: “Oltre che in forma attiva il singolo può essere autorizzato a tutelarsi in forma passiva, con un comportamento negativo, di resistenza all’altrui pretesa. Um’autotutela passiva configura, anzitutto, il diritto di ritenzione nei casi in cui è conferito dalla legge a chi deteng cosa altrui, sulla quale abbia eseguito spese, o in rapporto alla quale abbia crediti da far valere (...). Inoltre, un’autotutela passiva circoscritta ai rapporti d’obbligazione con prestazioni corrispettive è la relazione che la stessa funzione sinallagmatica di tali rapporti giustifica contro l’inadempienza avversaria e che va parallela al potere di risoluzione del rapporto contrattuale (art. 1453 c.c.): la reazione che va sotto il nome di eccezione di inadempimento (*exceptio inadimpleti contractus*)” (BETTI, Emilio. Autotutela (diritto privato), cit., p. 531). Em tradução livre: “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 corresponsivas é a reação que a mesma função sinallagmática 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*)”. 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.

Paralelamente, verifica-se que o tratamento assistemático da matéria destoa, de certo modo, da contemporânea tendência metodológica de unificação da disciplina das relações patrimoniais.⁹ Tal descompasso finda por criar, 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;¹⁰ 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 domínio 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, cogitar-se-á de um esboço da disciplina das principais questões controvertidas a propósito do direito de retenção. Enfrenta-se, na sequência, 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 passivos de autotutela privada permitem concluir pela identidade funcional dos remédios.

⁹ “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).

¹⁰ 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.

2. Tratamento assistemático do direito de retenção: sequelas e desafios

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 à 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.

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 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,¹¹ 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.¹² 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.¹³

¹¹ *In verbis*: “Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado”.

¹² Sobre a definitividade da dita retenção, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 16. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 86. 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.

¹³ *In verbis*: “Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada. § 1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, mesmo depois de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar. § 2º Não terá direito ao reembolso do valor da passagem o usuário que deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado. § 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória”.

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 resolução contratual por inadimplemento) do que o manejo de exceção dilatória sobre coisa alheia.¹⁴

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. 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.¹⁵ 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.¹⁶ O referido dispositivo reproduz, sem alteração substancial, o artigo 35 da Lei nº 8.245/1991,¹⁷ 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.¹⁸

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

¹⁴ *In verbis*: “Art. 527. Na segunda hipótese do artigo antecedente, é facultado ao vendedor reter as prestações pagas até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido. O excedente será devolvido ao comprador; e o que faltar lhe será cobrado, tudo na forma da lei processual”.

¹⁵ *In verbis*: “Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido”.

¹⁶ *In verbis*: “Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador”.

¹⁷ *In verbis*: “Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção”.

¹⁸ 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”.

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.¹⁹ 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.²⁰

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 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.²¹ A propósito da disciplina do mandato, vale salientar que, diversamente do referido artigo 681, o artigo 664 do Código Civil²² 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.²³ 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 (através da 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).²⁴

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

¹⁹ *In verbis*: “Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida”; “Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas. Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem”.

²⁰ *In verbis*: “Art. 742. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso”.

²¹ *In verbis*: “Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu”.

²² *In verbis*: “Art. 664. O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato”.

²⁴ *In verbis*: “Art. 708. Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão”.

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.²⁵ 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.²⁶

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 indenizado das despesas feitas e devidamente justificadas.²⁷ Já 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.²⁸

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 problemas²⁹ 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

²⁵ *In verbis*: “Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”; “Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”.

²⁶ A propósito, v., por todos, AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das coisas*, cit., 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”.

²⁷ *In verbis*: “Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: I - à posse da coisa empenhada; II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua; III - ao ressarcimento do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada; IV - a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração; V - a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontra em seu poder; VI - a promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado. O dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea”.

²⁸ *In verbis*: “Art. 1.455. Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor. Parágrafo único. Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante ao devedor; ou a executar a coisa a ele entregue”.

²⁹ V. item 3, *infra*.

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, cogita-se do reconhecimento do direito de retenção para além das hipóteses expressamente previstas em lei.³⁰

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.³¹ 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.³² 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.³³ Incumbiu, então, à doutrina o delineamento de contornos suficientes à compreensão unitária do instituto em toda a sua multiplicidade de ocorrências fáticas.³⁴ 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.³⁵

³⁰ V. item 4, *infra*.

³¹ Para um aprofundamento em viés comparatista no que tange ao tratamento legislativo do direito de retenção, v. FONSECA, Arnoldo 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.

³² “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, Arnoldo 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, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 103).

³³ “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).

³⁴ 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.

³⁵ “(...) esso [il diritto di ritenzione] consiste in un remedio regolato, da una parte, nella disciplina di diversi contratti tipici a favore del creditore di una cosa di appartenenza del debitore, come reazione all’inadempimento di quest’ultimo (...). Dall’altra, tale diritto è previsto anche in assenza di un rapporto di natura contrattuale a carattere corrispettivo, a favore di chi detenga una cosa altrui, alla quale sia collegato o connesso un credito” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 25-26). Em tradução livre: “(...) esse [o direito

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.³⁶ 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.³⁷ O Código Civil português de 1966 buscou, então, solucionar a antiga fragmentação da matéria, em esforço deliberadamente sistematizador do direito de retenção.³⁸ 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 cláusula geral (artigo 754)³⁹ com previsões específicas do direito de retenção (artigo 755),⁴⁰ a ressaltar o esforço do legislador lusitano de enfrentamento da matéria nas suas mais diversas hipóteses fáticas.⁴¹

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”.

³⁶ “O Código Civil de 1867 não continha seção 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).

³⁷ “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).

³⁸ “Ao contrário do Código de Seabra, o Código Civil de 1966 procurou autonomizar dogmáticamente 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.

³⁹ “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”.

⁴⁰ “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 acessórios dela, pelo crédito da hospedagem; c) O mandatário, sobre as coisas que lhe tiveram 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)

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 §273,⁴² 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.⁴³ Na França, o artigo 2.286 (com a redação alterada em 2008) do *Code civil* de 1804,⁴⁴ 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.⁴⁵

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)”.⁴¹

⁴¹ “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.

⁴² “§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”.

⁴³ V., por todos, LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volume I. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967, pp. 211-214.

⁴⁴ *In 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: 1º Aquele a quem a coisa tenha sido entregue até o pagamento de seu crédito; 2º Aquele cujo crédito não pago resulte do contrato que o obriga a entregá-la; 3º Aquele cujo crédito não pago nasceu por ocasião da detenção da coisa; 4º 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*.

⁴⁵ V., por todos, AYNÈS, Laurent; CROCQ, Pierre. *Droit des sûretés*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2016, pp. 235-253.

Na consciência da dificuldade ínsita ao esforço de sistematização da matéria, passa-se a um esboço de uma disciplina geral do direito de retenção. Muito mais do que aventar soluções supostamente definitivas, espera-se que as questões e dificuldades a serem apontados reforcem a atenção para a necessidade de participação mais efetiva da doutrina na sistematização do remédio retentório no direito brasileiro, não mais se afigurando escusável a postura inerte ancorada na omissão legislativa.⁴⁶

3. Aspectos relevantes para o esboço de uma disciplina geral do direito de retenção

Uma sistematização do direito de retenção (como, aliás, como de qualquer outra figura com aspirações de instituto jurídico) depende, fundamentalmente, da compreensão dos caracteres comuns que podem vir a permitir o reconhecimento de uma disciplina geral do remédio retentório. Nessa empreitada, buscar-se-á analisar, na brevidade adequada à presente sede, os seguintes pontos: (i) requisitos ou pressupostos para a configuração do direito de retenção; (ii) transmissibilidade do direito de retenção; (iii) responsabilidade do retentor pela conservação e pelos riscos da coisa; (iv) prerrogativas do retentor no que tange à utilização da coisa retida; (v) peculiaridades do controle de merecimento de tutela do concreto exercício do remédio retentório; e (vi) grau de oponibilidade do direito de retenção.

No que tange aos requisitos ou pressupostos para o reconhecimento do direito de retenção, consolidou-se em doutrina o entendimento de que seria necessária a verificação simultânea da posse ou detenção lícita de uma coisa que deve ser entregue a outrem, da existência de crédito do pretense retentor face à pessoa com direito à entrega da coisa e, ainda, da existência de uma conexão ou liame entre esse crédito e a coisa a ser retida.⁴⁷ A enunciação do primeiro requisito foi objeto de acentuada controvérsia na doutrina estrangeira, particularmente no que diz respeito à necessidade de demonstração de posse ou, ao revés, pela suficiência da situação de detenção pelo pretense retentor. Nada obstante a tradicional

⁴⁶ Estimula-se, assim, 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.

⁴⁷ Nesse sentido, v., por todos, na doutrina brasileira, FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 195-196; na doutrina portuguesa, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 974-975; JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*, cit., p. 490; e CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. *Direito de retenção do promitente-adquirente: o beneficiário da promessa de transmissão de um direito real de habitação periódica*. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (Coord.). *Garantias das obrigações*: publicação dos trabalhos do mestrado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 499.

tendência de se exigir a posse como pressuposto para a configuração do direito de retenção,⁴⁸ parece ter se consolidado o entendimento de que o requisito em comento se perfaz pela mera situação de detenção.⁴⁹ Basta, com isso, que se tenha um poder de fato sobre a coisa, independentemente da qualificação de tal situação como posse ou mera detenção,⁵⁰ bastando que se trate de detenção lícita (no sentido de não conter vício na origem).⁵¹ Ainda a propósito do requisito da detenção, usualmente se esclarece que a detenção justificadora da retenção pode ser exercida pelo próprio retentor ou por terceiro em seu nome, bastando que o retentor exerça poder material sobre a coisa retida.⁵²

Questão que suscita maior dúvida a propósito do requisito inicial da detenção diz respeito à situação jurídica do retentor uma vez iniciada a retenção e, conseqüentemente, aos efeitos de uma eventual perda do poder material sobre a coisa. Sustenta-se, de uma parte, que a detenção (como concreto exercício de poder material) sobre a coisa retida seria não apenas requisito do remédio retentório como também caracterizaria a situação do retentor (que seria, portanto, detentor da coisa); nesse sentido, a detenção seria o elemento caracterizador da própria situação de retenção, de tal modo que a cessação do poder material conduziria à

⁴⁸ “Que a posse é requisito *sine qua non* para que o direito de retenção tenha lugar é um *Leitmotiv* que se tem repetido insistentemente pela doutrina sem, porém, explicar os fundamentos da afirmação” (VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., p. 124. Tradução livre do original). O autor conclui no sentido de que basta a situação de detenção: “(...) sustentar que o retentor é possuidor, detentor ou nem uma coisa nem outra é perfeitamente respeitável; porém assentar o instituto sobre uma base tão débil como se se tratasse de um dogma constitui, à evidência, um atrevimento injustificável” (Ibid., p. 126. Tradução livre). Na doutrina brasileira contemporânea, a sustentar a imprescindibilidade da demonstração da posse para o reconhecimento do direito de retenção, v. SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, pp. 81-88.

⁴⁹ Sustenta-se, desse modo, a possibilidade de preenchimento do requisito em comento mediante demonstração de posse (*ius possidendi* ou mesmo *ius possessionis*) ou mera detenção: “Para os fins da necessária pré-existência de um poder que o sujeito exercita sobre a coisa, considera-se irrelevante a correspondência a uma situação de direito real, não se devendo distinguir ‘segundo se trate de uma posse qualificada apenas pelo *ius possessionis* ou mesmo pelo *ius possidendi*’, enquanto mesmo a detenção não se duvida ser idônea a dar lugar a uma suficiente relação material entre o sujeito e ares” (BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., p. 1.381. Tradução livre do original).

⁵⁰ Nesse sentido já lecionava SAVIGNY, M. F. C. de. *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*. Granada: Comares, 2005, p. 11. Na doutrina contemporânea, v. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., pp. 286-287; e DROSS, William. *L’exception d’inexécution: essai de généralisation*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 1, jan.-mar./2014, p. 4.

⁵¹ “Para haver direito de retenção, a detenção da coisa tem de ser lícita, na medida em que, de acordo com o disposto no art. 756º, al. a, não há direito de retenção ‘a favor dos que tenham obtido por meios ilícitos a coisa que devem entregar, desde que, no momento da aquisição, conhecessem a ilicitude desta’. Poder-se-á concluir, *a contrario*, que o detentor goza de direito de retenção quando desconhecer que obteve a coisa por meios ilícitos. A exposição precedente permite-nos afirmar que, de acordo com o critério da lei, o agente tem de estar de boa fé para gozar desde direito real de garantia. O agente não pode, deste modo, ter obtido a coisa por meios ilícitos ou tem de desconhecer essa licitude no momento da aquisição do direito” (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 289). No mesmo sentido, v. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 204-208.

⁵² Nesse sentido, v. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., p. 130; FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 287.

extinção do próprio direito de retenção.⁵³ Não parece tratar-se, contudo, do entendimento mais adequado à luz do escopo ostentado pelo direito de retenção: sem embargo da discussão sobre o seu carácter real ou obrigacional (objeto de análise na sequência do estudo), esvaziar-se-ia qualquer interesse útil subjacente ao remédio em questão caso o ordenamento não direcionasse a devida tutela às hipóteses de privação ilegítima da coisa retida, particularmente nas hipóteses de resgate violento ou doloso da coisa pelo proprietário ou titular do direito à entrega.⁵⁴ Tais eventualidades ainda permitem concluir pela verdadeira natureza da situação jurídica do retentor: este há de ser considerado possuidor e não mero detentor, já que seu poder sobre a coisa retida é exercido em seu próprio benefício e não no interesse do titular do bem (o que justifica a viabilidade do manejo dos interditos possessórios inclusive contra este último), ainda que essa posse, como se verá mais adiante, não produza todos os seus efeitos ordinários, dado o escopo funcional do direito de retenção.⁵⁵

O segundo requisito para a configuração do direito de retenção seria a existência de crédito do pretendo retentor em face do titular do direito à devolução da coisa,⁵⁶ crédito esse que pode ter as mais diversas fontes, inclusive a vedação ao enriquecimento sem causa.⁵⁷ Exige-se, em síntese, a demonstração de mora daquele que postula a devolução da coisa, sem o que sequer se poderia cogitar da recusa à entrega de coisa alheia. Duas principais questões colocam-se a respeito do requisito em comento, consistentes em definir o cabimento da retenção diante de dívida não vencida ou de dívida ilíquida. Embora a noção mais intuitiva possa conduzir à percepção da imprescindibilidade do vencimento e da liquidez da dívida como pressuposto da

⁵³ V., na doutrina portuguesa, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., pp. 551-552; na doutrina brasileira, FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 12. ed. Atual. Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 199; e, na doutrina italiana, GALGANO, Francesco. *Le obbligazioni in generale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 260.

⁵⁴ Nesse sentido, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 983; CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. *Direito de retenção do promitente-adquirente*, cit., p. 500; e FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., pp. 288-289.

⁵⁵ Assim já se pôde sustentar em SILVA, Rodrigo da Guia. *Esboço de uma teoria geral do direito de retenção à luz da unidade sistemática do ordenamento brasileiro*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *Direito civil, Constituição e unidade do sistema: anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte; Fórum, 2019, pp. 453-454.

⁵⁶ A título de exemplo introdutório, imagine-se: “A encontra-se adstrito para com B à entrega do objecto X, mas este último deve ao primeiro a importância de 2.000 euros, em virtude de despesas feitas por causa desse objecto ou de danos pelo mesmo produzidos. Como se verificam os pressupostos da existência do direito de retenção – os dois créditos conexam-se nos termos referidos –, segue-se que o devedor A tem a faculdade de não entregar o objecto X, enquanto não for satisfeito o seu crédito contra B” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 974).

⁵⁷ A sustentar o cabimento da retenção diante de obrigações restitutórias fundadas na vedação ao enriquecimento sem causa, v. DROSS, William. *L’exception d’inexécution: essai de généralisation*, cit., pp. 10-11. O autor sustenta, ademais, o cabimento da retenção no âmbito do fenómeno dos contratos coligados (Ibid., pp. 14 e ss.). Em sentido semelhante, a sustentar o cabimento do direito de retenção na específica hipótese de obrigações restitutórias deflagradas pela resolução contratual, v. MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

retenção,⁵⁸ o desenvolvimento contemporâneo da teoria do inadimplemento parece impor temperamentos a essa conclusão, por duas ordens de razão. A uma, porque o caso concreto pode revelar circunstância justificadora da perda do benefício do prazo ou autêntica hipótese de inadimplemento anterior ao termo.⁵⁹ A duas, porque o remédio retentório perderia qualquer utilidade se o seu manejo dependesse da prévia e perfeita definição de toda a extensão do crédito, dificuldade especialmente sensível no que tange à liquidação do *quantum debeatur* da pretensão indenizatória.⁶⁰ Nesse cenário, apenas se pode ter certeza da inadmissibilidade do exercício da retenção quando esta for fundada em crédito qualificado como obrigação natural, por absoluta ausência de exigibilidade do respectivo crédito.⁶¹

O último requisito para a configuração do direito de retenção seria a conexão entre o crédito e a coisa retida. Afirma-se, a propósito, que tal conexão consiste na circunstância de o crédito do retentor originar-se de despesas efetuadas para a conservação da coisa ou de danos sofridos em razão da sua retenção.⁶² Parece buscar-se, com o presente requisito, “evitar uma guerra de retenções, de maneira que, limitando a retenção à coisa alheia que se tivesse adquirido (isto é, que se detivesse) em razão de uma dívida, podia-se limitar e concretizar o conflito, sem estendê-lo a terceiros objetos do patrimônio das partes”.⁶³

Sem embargo das controvérsias historicamente travadas no âmbito da doutrina europeia acerca da natureza da conexão em comento,⁶⁴ assume conotação relevante na

⁵⁸ Em sentido contrário ao cabimento da retenção diante de dívida não vencida e ilíquida, v. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 121-122.

⁵⁹ Nesse sentido, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 977; CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. *Direito de retenção do promitente-adquirente*, cit., p. 501. A propósito da configuração do inadimplemento anterior ao termo no direito civil brasileiro, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 159-208.

⁶⁰ “Não obsta ao exercício do direito de retenção a iliquidez do crédito garantido (art. 757º, n. 2), dado que a eficácia do direito de retenção como garantia não depende da determinação exacta do montante do crédito, sendo essa iliquidez uma circunstância comum na hipótese de danos causados pela coisa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 242. As ideias do autor encontram-se desenvolvidas, sem alteração substancial, em LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos reais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 469-475). No mesmo sentido, v., na doutrina brasileira, FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 210-213.

⁶¹ V. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 214; e VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit. p. 119.

⁶² V., por todos, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., p. 552; BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 224; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 194; e SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.224.

⁶³ VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., p. 142 (tradução livre do original). O autor arremata: “A conexão, pois, se apresenta mais como um limite de ordem pública do que como requisito inerente ao direito de retenção” (tradução livre).

⁶⁴ Pertinente, no ponto, a síntese de Angelo Barba: “Em realidade, mesmo dos autores que sustentam a indispensabilidade de um coligamento entre o crédito e a *res*, não provêm indicações unívocas, alguns afirmando a necessidade de uma conexão ‘material’ e ‘jurídica’, outros somente material, enquanto de outros ainda se extrai que o coligamento deve ter caráter causal ou de relação entre os fatos que originaram o crédito e a retenção, limitando-se a individuar a conexão somente quando o crédito tenha nascido por ‘ocasião’ ou por causa da *res*”

doutrina tradicional o especial liame entre o crédito do retentor e a coisa retida – e não algum liame entre o crédito do retentor e o direito à entrega da coisa, o que supostamente serviria para demarcar uma distinção entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido.⁶⁵ Costuma-se ressaltar, ainda, que a conexão entre o crédito e a coisa retida poderia decorrer não apenas de uma circunstância material, mas também diretamente da lei⁶⁶ – observação essa que pouco contribui para o presente esforço de sistematização, pois autoriza a conclusão de que ou bem a conexão entre crédito e coisa não é um verdadeiro requisito do remédio em questão, ou bem seria um requisito apenas das hipóteses que recorram diretamente de uma cláusula geral do remédio retentório (irrelevante, portanto, em previsões legais específicas do direito de retenção).

Ainda a propósito do requisito da conexão entre o crédito e a coisa retida, parece possível vislumbrar a relevância do que se poderia denominar *interesse de agir* por parte do retentor. Se é verdade que o remédio retentório tem por escopo garantir um crédito originado a partir da retenção sobre a coisa – servindo como legítimo instrumento de autotutela para coerção do devedor à satisfação do crédito –, resultaria excessivo admitir o seu manejo quando o pretense retentor já tiver sua situação suficientemente resguarda por específica garantia.⁶⁷ Imbuído precisamente dessa preocupação, o legislador português houve por bem estabelecer, na alínea *d* do artigo 756 do Código Civil de 1966,⁶⁸ a extinção do direito de retenção quando o devedor prestar caução suficiente.⁶⁹ Tal previsão consagra entendimento que teria acolhida especialmente proveitosa no direito brasileiro, sobretudo para evitar o manejo imoderado de um remédio que, de *lege lata*, não goza de previsão expressa e geral.

(BARBA, Angelo, cit., p. 1.381. Tradução livre do original).

⁶⁵ Nesse sentido, v. BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., pp. 1.379-1.381. A presente temática será retomada no item 5, *infra*, por ocasião da investigação acerca das convergências e divergências entre os referidos remédios. Vale adiantar, desde logo, a hipótese de que o estudo unitário dos instrumentos defensivos de autotutela no direito civil tornaria possível revisitar a conexão tantas vezes apontada como requisito do direito de retenção, de modo a 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).

⁶⁶ “Outro pressuposto do direito de retenção é a existência de uma conexão causal entre o crédito e a coisa, a qual nos termos do art. 754º, se exprime genericamente pelo facto de o crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados. (...) Essa conexão causal pode ainda ser estabelecida pelo facto de a detenção da coisa resultar de uma relação legal ou contratual à qual a lei atribui como garantia esse direito” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 242).

⁶⁷ Em sentido diverso: “(...) nós entendemos que não há razão alguma para obrigar o retentor a renunciar a uma maior proteção da sua posição, pelo que cremos que procede autorizar o instituto igualmente, de maneira que a garantia que não se acompanha de detenção da coisa (v. gr. fiança) e remédio retentório poderão existir simultaneamente, salvo pacto em sentido contrário” (VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., p. 138. Tradução livre do original).

⁶⁸ “Artigo 756º (Exclusão do direito de retenção). Não há direito de retenção: (...)d) Quando a outra parte preste caução suficiente”.

⁶⁹ “O direito de retenção, visto que desempenha uma função de garantia, não existe, como observamos, ‘quando a outra parte preste caução suficiente’ art. 756º, al. d)” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 978). No mesmo sentido, v. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 243.

Na sequência da análise dos requisitos para a configuração do direito de retenção, pode-se cogitar da sua transmissibilidade em conjunto com a cessão do crédito por ele garantido. Sustenta-se, de uma parte, a intransmissibilidade do direito de retenção, em razão do seu caráter supostamente personalíssimo e, portanto, indissociável da pessoa do hipotético cedente (o retentor originário).⁷⁰ Parece subjazer a tal conclusão certa preocupação com a excepcionalidade de que se devem revestir os mecanismos de autotutela privada. Nada obstante, ao que parece, a mera cessão do remédio retentório a pessoa diversa do retentor originário não representa nenhuma expansão indevida da autotutela no direito privado, mas apenas o reconhecimento de que o instrumento coercitivo pode subsistir com titular diverso.

A admissão da transmissibilidade do direito de retenção, com efeito, decorre diretamente da percepção de que a razão justificadora da tutela jurídica na matéria não é propriamente a proteção de uma pessoa em particular, mas sim a coerção (indireta) à satisfação de um crédito.⁷¹ Em razão do caráter acessório do direito de retenção em relação a créditos que não são personalíssimos, constata-se que o próprio remédio retentório não pode ser reputado *intuitu personae* se o crédito principal a ele vinculado não o for. Assim, há de incidir a regra do artigo 287 do Código Civil brasileiro segundo a qual “(S)alvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios”.⁷² Ressalve-se, por

⁷⁰ “Neste caso, o que deverá questionar-se é se o direito de retenção que servia de garantia ao crédito também se transmite ao cessionário ou se aquele caduca no momento da cessão de créditos. Do art. 760º [do Código Civil português], onde se determina que o direito de retenção é transmissível conjuntamente com o crédito que ele garante, parece resultar que a garantia se mantém após a cessão de créditos. Todavia, tal disposição deve ser compatibilizada com o disposto no art. 582º [do Código Civil português], quando refere que a cessão de créditos importa a transmissão para o cessionário das garantias e outros acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente. O direito de retenção constitui uma garantia inseparável da pessoa do cedente, pelo que a simples cessão de créditos não é suficiente para assegurar a transmissão do direito de retenção, sendo necessário um acordo expresse entre cedente e cessionário, sob pena de a garantir caducar” (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 306).

⁷¹ “Finalmente o direito de retenção, não sendo inerente à pessoa do credor, é um direito patrimonial transmissível, ativa e passivamente, tanto a título universal, como singular, sendo, porém, de advertir que, por se tratar de um direito acessório, sua transferência não se pode verificar senão juntamente com o crédito garantido” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 278).

⁷² Compreende-se, assim que a cessão do crédito abrange a cessão do direito de retenção, na sistemática geral segundo a qual o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*): “O dispositivo [art. 287 do Código Civil de 2002] tratou dos alcances da cessão, estabelecendo que em regra nela estão compreendidos todos os direitos acessórios (...), tais como as garantias reais ou fidejussórias, os juros e os direitos potestativos inerentes ao crédito” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575). A questão afigura-se controvertida na doutrina portuguesa: “Já relativamente ao direito de retenção (arts. 754 e ss.), a questão apresenta-se controvertida, defendendo a maioria da doutrina que se trata de uma garantia ligada intimamente à pessoa do cedente, pelo que só poderá ser transmitida por acordo expresse entre cedente e cessionário” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 26). João de Matos Antunes Varela conclui: “O artigo 760 mostra, porém, que não se impede, apesar disso, a transmissão do direito de retenção, desde que simultaneamente as partes transmitam o crédito que ele garante. Se, porém, o credor se limitar a ceder o seu crédito, sem nada dizer acerca do direito de retenção, este não deve, em princípio, considerar-se transmitido, por virtude da sua íntima ligação com a pessoa do credor primitivo” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume II. 7. ed. Coimbra:

oportuno, que, exatamente em razão da acessoriedade que traduz o escopo fundamental de coerção ao pagamento, a transmissibilidade do direito de retenção pressupõe a concomitante transmissão do crédito.⁷³ Evidencia-se, assim, o acerto do legislador português ao estatuir, no artigo 760 do Código Civil de 1966: “O direito de retenção não é transmissível sem que seja transmitido o crédito que ele garante”.

No que tange à responsabilidade do retentor pela conservação e pelos riscos da coisa, constata-se tendência relativamente generalizada no sentido de equiparação entre a retenção e o penhor comum.⁷⁴ Sustenta-se, assim, a submissão do direito de retenção à disciplina do penhor, chegando-se mesmo a identificar a retenção como uma espécie de penhor legal.⁷⁵ Tais premissas teóricas justificam, à luz do Código Civil brasileiro de 2002, que a responsabilidade do retentor seja regida, entre outros, pela obrigação de custódia da coisa retida, em regime equiparado ao do depositário (artigo 1.435, inciso I), e pela obrigação de defesa da posse da coisa retida (artigo 1.435, inciso II).

A responsabilidade do retentor não recebe particular atenção da doutrina especializada, cujos olhares voltam-se, sobretudo, para as prerrogativas a ele conferidas. Vale advertir, desde logo, que o reconhecimento do direito de retenção como legítimo instrumento de autotutela privada não parece suficiente a justificar eventual prerrogativa do retentor de

Almedina. 1997, p. 324).

⁷³ “O direito de retenção não é transmissível sem que seja transmitido o crédito que ele garante – art. 760º do Código Civil. Entende-se que assim seja uma vez que, como vimos, um dos pressupostos para a sua existência é a particular conexão objectiva entre o crédito garantido e a coisa retida. Caso contrário, se se permitisse a sua transmissão sem o crédito garantido, tal conexão deixaria de existir” (CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. *Direito de retenção do promitente-adquirente*, cit., p. 500). No mesmo sentido, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 982; JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*, cit., p. 491; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 244.

⁷⁴ Para um relato da tendência de equiparação entre a retenção e o penhor, v., na doutrina brasileira, FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*, cit., p. 199; na doutrina portuguesa, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 982; e, na doutrina francesa, DROSS, William. *L’exception d’inexécution*, cit., pp. 4-5. A doutrina especializada usualmente adverte que, na hipótese de retenção de coisa imóvel, a equiparação ocorreria mais propriamente com a disciplina da hipoteca. A propósito, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 979-981; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 244.

⁷⁵ Assim conclui Tito Fulgêncio: “O possuidor honrado é credor do evictor e detém a coisa pertencente a seu devedor de benfeitorias necessárias e úteis; esta coisa não lhe foi dada em garantia real; pode, entretanto, recusar entregá-la enquanto não for pago. Nisto consiste o direito de retenção, quase equivalente a um penhor, pertencente ao possuidor de pleno direito em virtude de um texto de lei; é, pois, uma espécie de penhor puramente legal; é um direito excepcional concedido por lei, que assegura ao réu o reembolso de suas benfeitorias, sobre a coisa exercendo o ofício idêntico à *exceptio doli* dos romanos” (FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*, cit., pp. 197-198). No mesmo sentido, v. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.224. Oportuna, no ponto, a advertência de José de Oliveira Ascensão: “Não esqueçamos que a retenção foi pelo novo Código praticamente reduzida a um penhor legal, de que só se afasta por se prever a possibilidade de retenção de imóveis: é que o art. 758º atribui ao titular da retenção da coisa móvel os direitos e obrigações do credor pignoratício, salvo pelo que respeita à substituição de terceiros seria essencial” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., p. 551).

servir-se da coisa.⁷⁶ Trata-se de corolário lógico da noção de que o remédio retentório traduz mero mecanismo de defesa (mais propriamente, autêntica exceção dilatória), razão pela qual a permanência da coisa sob o poderio material do retentor não tem o condão de implicar automática prorrogação das prerrogativas anteriormente existentes.⁷⁷ A título ilustrativo, na hipótese de contrato de comodato, o manejo do remédio retentório não legitima o retentor a continuar usando o bem imóvel, limitando-se a sua atuação à conservação da coisa tal como depositário.

Questão especial controvertida na matéria diz respeito à já mencionada discussão acerca da qualificação do poderio material do retentor sobre a coisa como posse ou mera detenção, o que teria como repercussão direta a incidência ou não da disciplina geral sobre os efeitos da posse.⁷⁸ Embora já se tenha afirmado, com aparente simplicidade, que “(P)or meio da retenção, continua o retentor a exercer a posse da coisa e, pois, a ter os direitos sobre a coisa que competem ao possuidor”,⁷⁹ a qualificação da situação do retentor como posse não traduz conclusão singela. Ao invés da aplicação indiscriminada da disciplina da posse, parece mais adequado, em atenção ao caráter defensivo e ao escopo coercitivo ínsitos ao direito de retenção, submetê-lo às disposições que dizem respeito à defesa da posse.⁸⁰ Admite-se, por exemplo, o

⁷⁶ Assevera-se, no âmbito da disciplina dos efeitos da posse: “O direito de retenção não autoriza uso efetivo da coisa. Apenas tem função de garantia de indenização devida pelo retomante ao possuidor” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 632).

⁷⁷ Nesse sentido, v. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 367.

⁷⁸ Ana Maria Taveira da Fonseca sintetiza a controvérsia: “Questão distinta é a de saber se o retentor enquanto tal deve ser considerado um verdadeiro possuidor ou um mero detentor. Se se circunscrever o âmbito da posse aos direitos reais de gozo, facilmente se concluirá que o retentor é um mero detentor. Solução diferente advirá de se integrar no conceito de posse os direitos reais de garantia que conferem ao seu titular um poder de facto sobre a coisa” (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 287). A autora conclui: “Todavia, ainda que se considere que o retentor é um mero detentor, este sempre gozará dos meios de defesa da posse por força da remissão operada pelos arts. 758º, n. 3 e 759º para o 670º, al. a. Por outro lado, mesmo que a retenção seja qualificada como uma situação de posse, nunca será possível a aquisição do direito por usucapião (art. 1287º)” (Ibid., p. 287).

⁷⁹ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, cit., p. 224.

⁸⁰ Arnaldo Medeiros da Fonseca assim enuncia os direitos do retentor, enquanto decorrência direta do caráter de garantia do direito de retenção: “Os demais direitos do retentor não passam de consequências daquele direito essencial, que constitui o conteúdo da própria garantia. E daí poder o retentor: 1. repelir pela força, nos limites da necessidade, a violência alheia, tendente a privá-lo da detenção da coisa (...); 2. usar das ações possessórias para proteger a sua posse; 3. repetir a coisa que já detinha e haja restituído por erro, uma vez que o prove; 4. reter os frutos da coisa, por aplicação analógica da regra de que o acessório segue a condição jurídica do principal (...); 5. exigir reembolso das despesas que houver feito para conservação da coisa retida e o ressarcimento do prejuízo decorrente do vício dela, do qual não haja sido avisado, uma vez que tivesse razão de o ignorar” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 203-205). O autor enumera, ainda, as obrigações do retentor: “Ao retentor por seu lado, incumbe, da mesma forma que ao credor pignoratício: 1. empregar na guarda e conservação da coisa retida a diligência exigida pela sua natureza (...); 2. restituir a aludida coisa, com os seus frutos e acessões, uma vez pago do que lhe for devido (...); 3. entregar o que sobeje do preço, quando o crédito for satisfeito em virtude da venda da coisa retida, nos casos excepcionais em que o retentor tem a faculdade de realizá-la (...); 4. indenizar o prejuízo resultante das perdas e deteriorações da coisa, ocorridas por culpa sua” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 287-288).

manejo de interditos possessórios pelo retentor – sem prejuízo da controvérsia sobre o exato grau de oponibilidade da retenção, problemática retomada na sequência deste item.

De outra parte, correlata à impossibilidade de servir-se da coisa, justifica-se a proibição a que o retentor perceba os frutos (naturais ou civis) gerados pela coisa, incumbindo-lhe, ao revés, a obrigação de conservá-los sob o mesmo espectro de responsabilidade referente à custódia da coisa retida. Com efeito, ao retentor não assiste o direito de colher os referidos frutos, em razão do caráter eminentemente defensivo da situação jurídica instaurada a partir do remédio retentório. Pode-se cogitar, no ponto, da possibilidade de o retentor, por ocasião da restituição da coisa retida e dos frutos conservados, promover a compensação do seu crédito com o direito do dono à percepção dos frutos.⁸¹ De qualquer modo, não deve restar maior dúvida na percepção de que as despesas tidas com a conservação dos frutos – assim como as despesas referentes à própria coisa retida – dão ensejo ao manejo do direito de retenção até o integral reembolso ao retentor. Ainda a propósito das prerrogativas do retentor, pode-se cogitar da possibilidade de requerer a execução judicial da coisa com fulcro no inciso IV do artigo 1.433, sendo certo, de todo modo, que eventual excedente em relação ao valor da dívida necessariamente deverá ser restituído ao dono ou titular de direito sobre a coisa.⁸²

Na sequência da presente tentativa de esboço de uma disciplina geral do direito de retenção, cumpre cogitar brevemente das peculiaridades do controle valorativo sobre o exercício concreto do direito de retenção. Digna de nota, neste ponto, a alínea *c* do artigo 756 do Código Civil Português de 1966, que prevê a exclusão do direito de retenção “relativamente a coisas impenhoráveis”. Trata-se de previsão consentânea com a orientação geral acerca da impossibilidade de constituição de gravame sobre coisas insuscetíveis de penhora,⁸³ a justificar a conclusão pelo afastamento do merecimento de tutela em sentido

⁸¹ Cf. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 368.

⁸² “Em virtude da equiparação ao penhor e hipoteca, o retentor não pode, em caso algum, apropriar-se da coisa retida, apenas podendo proceder à sua alienação no âmbito da execução da garantia” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 244).

⁸³ “O primeiro pressuposto do direito de retenção é que o devedor esteja obrigado a entregar certa coisa (art. 754º), devendo essa coisa ser susceptível de penhora (art. 756º c). Efectivamente, sendo o direito de retenção uma garantia real, naturalmente que só podem ser objeto do mesmo as coisas susceptíveis de penhora, pelo que se alguém estiver obrigado a entregar alguns dos bens referidos nos arts. 822º e 823º C.P.C., naturalmente que não pode exercer o direito de retenção, dado que nos casos em que a coisa retida seja impenhorável será impossível constituir sobre ela qualquer garantia” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 241). Pertinente, a propósito, a advertência de Arnaldo Medeiros da Fonseca: “Com respeito à impenhorabilidade, em particular, parece-nos de evidência que ela não envolve sempre e necessariamente a irretenibilidade, pelo menos em nosso direito. Há coisas que não podem ser penhoradas e podem, entretanto, ser retidas, por disposição expressa de lei, como os gêneros e mercadorias depositados nos armazéns gerais e sobre os quais hajam sido emitidos conhecimentos de depósito e *warrants*” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito*

estrito.⁸⁴ Talvez também seja o caso de se propugnar semelhante conclusão quando, embora ausente previsão de impenhorabilidade, constate-se a essencialidade da coisa para a subsistência do titular.⁸⁵ O controle valorativo do exercício concreto do remédio retentório pode se valer, ademais, do mecanismo do abuso do direito, com especial enfoque na boa-fé objetiva, de modo a considerar-se disfuncional o manejo do direito de retenção caso haja grave desproporção entre o montante do crédito do retentor e o valor da coisa retida.⁸⁶

Chega-se, então, ao ponto referente ao grau de oponibilidade do direito de retenção, no qual se busca compreender, essencialmente, se o remédio em comento é oponível perante o dono da coisa e perante terceiros adquirentes. A controvérsia é usualmente reconduzida à questão atinente à configuração do direito de retenção como direito real ou obrigacional, particularmente no que tange à oponibilidade *erga omnes* que tradicionalmente distingue a primeira categoria da segunda.⁸⁷ Já se sustentou, a propósito da presente controvérsia, a impossibilidade de reconhecimento de direito real diante da suposta extinção do direito de retenção pela perda do poder material sobre a coisa (entendimento que se teve oportunidade de criticar anteriormente, ao se abordar a detenção como requisito de configuração do remédio retentório). Segundo tal linha de entendimento, a ausência absoluta

de retenção, cit., p. 203). O autor arremata: “O critério a adotar é, destarte, atender em cada caso à *ratio legis*, para excluir a retenção quando incompatível com a causa determinante da impenhorabilidade” (Ibid., p. 203). Exemplo prático, à luz do ordenamento brasileiro, consiste na impossibilidade de retenção sobre bem de família, como destaca SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*, cit., p. 72.

⁸⁴ Sobre a noção de merecimento de tutela em sentido estrito, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, vol. 58, abr.-jun./2014, pp. 94 e ss.

⁸⁵ Sobre a noção de essencialidade, cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim* e, particularmente, p. 434; confira-se, ainda, a noção de patrimônio mínimo proposta por FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 304 e ss.

⁸⁶ “Pense-se nas hipóteses em que existe uma desproporção entre o valor do crédito incumprido e o valor da prestação recusada. (...) Se, em termos gerais, as partes devem proceder de boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762º, n. 2), por maioria de razão, na invocação de um direito de retenção, o referido princípio deve ser observado. (...) Ora, se o fundamento último do direito de retenção se encontra no princípio da boa-fé, este não pode deixar de ser excluído quando o seu exercício for considerado abusivo por violação do referido princípio” (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., pp. 356-357). A autora ressalva: “Ainda que o princípio da boa-fé constitua um limite ao exercício do direito de retenção, tal não significa que o mesmo possa excluído sempre que exista uma desproporção entre o valor da coisa retida e o valor do contracrédito. (...) Entendemos que, quando a coisa retida for indivisível, é aceitável que esta tenha até um valor manifestamente superior ao do crédito. Nas restantes hipóteses, devem as coisas retidas ter um valor suficiente em termos objectivos para garantir o crédito do retentor. Contudo, mesmo nestas hipóteses, não se exige a observância de um critério estrito de proporcionalidade, caso contrário o direito de retenção deixaria, em grande medida, de cumprir uma função coercitiva ou compulsória” (Ibid., pp. 357-358).

⁸⁷ Angelo Barba sintetiza a controvérsia: “A exaltação dos perfis reais da retenção combinados com a função de garantia reputada essencial à figura constituem o fundamento não apenas daquelas tendências doutrinárias que reconheceram no poder do *retentor* sobre a coisa os extremos de um direito real de garantia estruturalmente ‘idêntico ao penhor legal’, mas também daquelas correntes convencidas da natureza pessoal de fruição reputada compatível com a oponibilidade *erga omnes* da retenção” (BARBA, Angelo. *Ritenzione*, cit., p. 1.381. Tradução livre do original).

de seqüela na hipótese de perda do poder material sobre a coisa deporia incisivamente contra a qualificação da retenção como direito real.⁸⁸

Ainda mais forte no sentido contrário ao reconhecimento de direito real apresenta-se o argumento baseado na taxatividade dos direitos reais. Visto que somente a lei pode criar direitos reais,⁸⁹ não faria sentido propugnar a qualificação da retenção como direito real no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da ausência de previsão legal a respeito.⁹⁰ Neste ponto do raciocínio, cumpre advertir que o recurso à experiência portuguesa não se pode realizar sem extrema cautela. Isso porque, como visto, o Código Civil português de 1966 lança mão de sistemática própria para a disciplina do direito de retenção (com destaque para a já apontada coexistência de uma cláusula geral com previsões específicas), o que leva a doutrina lusitana à conclusão amplamente consolidada no sentido do caráter real do direito de retenção.⁹¹ Não chega a surpreender, portanto, que a doutrina portuguesa tenha relativa tranquilidade em afirmar a oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção como

⁸⁸ Em sentido contrário, a evidenciar que a perda involuntária de poder material sobre a coisa não afeta a higidez do direito de retenção, José de Oliveira Ascensão afirma: “Se o direito se mantém apenas enquanto a coisa estiver no poder do titular, isso não será a demonstração de que o direito não tem afinal seqüela? No domínio do Código velho, o problema discutia-se a propósito da retenção. Certos autores procuraram combater este argumento afirmando que, bem vistas as coisas, não estaríamos perante um direito sem seqüela mas perante um direito que se extinguiria, como os privilégios creditórios, com a perda da posse pelo seu titular. Nunca chegaria a haver um direito real sem seqüela, pois que na altura em que a coisa sai da posse do retentor cessa toda a situação de direito real” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., pp. 548). O autor arremata, reconhecendo caráter real ao direito de retenção: “Esta argumentação é engenhosa, mas não convence. Por um lado, não parece possível provar cabalmente que haja um direito real atendendo só à situação da coisa enquanto se mantém na posse do titular; por outro, perderia todo o significado continuar a falar-se de seqüela como consequência dos direitos reais, se nas hipóteses em que ela devesse actuar nos tivéssemos de resignar a reconhecer a reconhecer a extinção do direito” (Ibid., pp. 548-549).

⁸⁹ Embora amplamente consolidada, nem mesmo tal afirmação passou imune a críticas da doutrina: “Quando, pois, não há disposição expressa na lei proibindo a criação de outros direitos reais, a doutrina tende a admiti-la, como salientara o grande Teixeira de Freitas. E tal parece-nos ser a orientação aconselhável, em face do nosso Cód. Civil” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., p. 33). O autor prossegue, concluindo pelo caráter real do direito de retenção: “Diante do característico fundamental que, a nosso ver, distingue os direitos reais, (...) temos logicamente de concluir pela natureza real do direito de retenção. Como então dissemos, esse característico encontra-se no poder jurídico imediato da pessoa sobre a coisa, nessa relação íntima, protegida pela lei, via de regra, contra todos, enquanto que o direito pessoal confere mais especialmente uma faculdade de agir contra determinada pessoa, ou um limitado número de pessoas, para exigir a prestação, que é o seu conteúdo. Ora, o direito de retenção envolve aquela relação direta, imediata, conclusão que se fortalece quando se atende à entidade característica dos direitos pessoais” (Ibid., p. 264). No mesmo sentido, v. GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 53.

⁹⁰ Assim conclui FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*, cit., pp. 198-199. Também a rejeitar caráter real ao direito de retenção, v. SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*, cit., p. 203.

⁹¹ “É nos arts. 758º e 759º que bem se caracteriza o direito de retenção como uma verdadeira garantia real das obrigações, resolvendo-se dúvidas suscitadas no domínio do Cód. Civ. anterior. Referem-se aqueles dois preceitos, respectivamente, ao direito de retenção que incide sobre coisas móveis e ao que incide sobre coisas imóveis” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 979). No mesmo sentido, v. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume II, cit., p. 580; SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, cit., p. 99; CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. Direito de retenção do promitente-adquirente, cit., pp. 498-499; JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*, cit., p. 492.

corolário direto do seu caráter real,⁹² destacando, ademais, a desnecessidade de registro, por entender que a publicidade (pressuposto do próprio atributo da eficácia absoluta) se perfaz mediante a própria previsão legal sobre o cabimento da retenção.⁹³

Tamanha é a relevância atribuída à oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção pelo legislador português que este prevê a prevalência da retenção até mesmo sobre hipoteca anteriormente registrada.⁹⁴ Consequência direta de todo o arcabouço normativo português é o reconhecimento de ampla eficácia executiva ao direito de retenção, enquanto autêntica garantia real, facultando-se ao retentor a alienação forçada da coisa retida como mecanismo de satisfação do seu crédito.⁹⁵ Aplica-se, para tanto, a disciplina da execução do direito real de penhor ou de hipoteca, conforme a retenção incida sobre coisa móvel ou imóvel, respectivamente.⁹⁶

Nada obstante o possível mérito do direito português no que tange à atribuição de eficácia real ao direito de retenção, semelhante conclusão não parece possível, à míngua de previsão legal, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Não por outra razão constata-se que, no direito pátrio, duas confusões conceituais a respeito do direito de retenção devem ser afastadas. Em primeiro lugar, a retenção se aproxima muito mais de noções como *remédio* (como medida destinada à tutela de uma situação jurídica)⁹⁷ e *faculdade* (como situação jurídica subjetiva instrumental e acessória do direito de crédito)⁹⁸ do que da noção de direito

⁹² V., por todos, SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, cit., p. 106; FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., p. 304.

⁹³ No sentido da desnecessidade de registro, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 981-982; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 240; e JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*, cit., p. 490.

⁹⁴ Para uma análise detida acerca da genérica prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, v. SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, cit., pp. 108-109. Em tom crítico, especificamente a propósito da disciplina das promessas de compra e venda, Sérgio Nuno Coimbra Castanheira afirma: “Em nosso entender foi-se longe demais na tentativa de proteger os promitentes-adquirentes. Tão longe, que tal disposição acaba por prejudicar quem pretendia proteger. As entidades bancárias, sabendo do risco que correm derivado do regime consagrado no art. 759, n. 2, do Código Civil, passaram a aumentar as taxas de juro e as comissões de modo a poderem compensar eventuais prejuízos. Tais aumentos vão, necessariamente, repercutir-se no consumidor final, que *a priori*, se tentou proteger” (CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. *Direito de retenção do promitente-adquirente*, cit., pp. 504-505). O autor arremata: “Uma nota final para referir, apenas, que o direito de retenção de que goza o beneficiário da promessa de transmissão de um imóvel não encontra paralelo em nenhum outro ordenamento jurídico europeu, na medida em que prevalece sobre a hipoteca mesmo anteriormente registrada” (Ibid., p. 505). Em sentido diverso, a afastar qualquer vício de constitucionalidade na previsão de prevalência da retenção sobre a hipoteca, v. SILVA, João Calvão da. *Sinal e contrato promessa*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 181.

⁹⁵ Cf. CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. *Direito de retenção do promitente-adquirente*, cit., p. 499.

⁹⁶ V. SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, cit., pp. 104-105.

⁹⁷ Para uma investigação detida do conceito de *remédio*, a partir de estudo comparativo entre a tradição dos sistemas do *Civil Law* e aquela dos sistemas do *Common Law*, remete-se a SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios no direito privado*. *Revista de Direito Privado*, vol. 98, mar.-abr./2019, *passim*.

⁹⁸ Sobre a noção de situação jurídica subjetiva instrumental, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, pp. 17 e ss. Pontes de Miranda alcançou conclusão semelhante a propósito da exceção de contrato não cumprido (embora no presente estudo, ao contrário

subjetivo independente, por não se vislumbrar um interesse autônomo do retentor pura e simplesmente na apreensão da coisa.⁹⁹ Em segundo lugar, o escopo primordial da retenção se aproxima muito mais da coerção indireta ao pagamento do que da noção técnica de garantia (que caracteriza certos direitos subjetivos), visto que não atribui responsabilidade ao patrimônio de um terceiro – como nas garantias fidejussórias – nem vincula específicos bens à satisfação do crédito – como nas garantias reais.¹⁰⁰ Ao fim e ao cabo, o estudo do direito de retenção – ao menos no âmbito do direito brasileiro – parece conduzir à conclusão pela identidade funcional do remédio retentório com a exceção de contrato não cumprido, sem vinculação imediata com a disciplina das garantias em sentido estrito.¹⁰¹

Tais constatações não devem incutir no intérprete a sensação de tarefa concluída, como se fosse satisfatório reconhecer a importância do direito de retenção e ignorar a dificuldade prática da sua implementação na hipótese de alienação da coisa a terceiro. Se é verdade que a ausência de caráter real dificulta a enunciação açodada de uma oponibilidade *orga omnes* da retenção, é igualmente verdade que novas perspectivas podem ser vislumbradas a partir do desenvolvimento conferido pela doutrina contemporânea à distinção entre efeito obrigatório e oponibilidade dos contratos. Trata-se, em síntese apertada, de reconhecer que, embora o cumprimento das obrigações contratuais somente possa ser exigido em face dos próprios contratantes, também os terceiros devem respeito às situações jurídicas validamente constituídas ou reconfiguradas pelo contrato.¹⁰² A intervenção do terceiro – em

do que entendia o autor, venha-se a concluir pela identidade funcional entre a *exceptio* e o direito de retenção): “É erro reduzir-se a exceção *non adimpleti contractus* a espécie de direito de retenção, como fazem alguns juristas franceses e italianos. O direito de retenção é direito que nasce de *outra* pretensão, contra o credor que quer contraprestar, ao passo que a exceção *non adimpleti contractus* e a *non rite adimpleti contractus* nascem da pretensão do devedor correspondente à do credor. O direito de retenção é direito acessório do devedor contra o credor, é pertença desse direito; a exceção *non adimpleti contractus* e a *non rite adimpleti contractus* são elemento do conteúdo da pretensão do devedor contra o credor” (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).

⁹⁹ Oportuno trazer à colação, neste ponto, a concepção de direito subjetivo de Jhering, segundo o qual “dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, no qual reside o fim prático do direito, e que é a utilidade, a vantagem, o ganho assegurado pelo direito, o outro formal, que se relaciona com esse fim unicamente como meio, a saber: a proteção do direito, a ação na justiça. [...] A garantia jurídica da fruição é a base do princípio do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos” (JHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain*. Volume IV. Paris: A. Maresq, 1880, p. 326. Tradução livre do original).

¹⁰⁰ Em perspectiva funcional, o escopo de garantia pode ser assim sintetizado: “Consoante se verificou, a garantia, em sentido restrito, compreende as situações subjetivas acessórias da obrigação que tenham por finalidade proporcionar segurança ao credor, oferecendo-lhe meio de extinção satisfativa do crédito, a despeito da ausência de cooperação do devedor e da sua incapacidade patrimonial para solver o débito” (RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*, cit., p. 148). Em sentido semelhante, afirma-se que a garantia “(...) proporciona ao credor condições privilegiadas de recebimento” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume IV. 22. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 274).

¹⁰¹ V. item 5, *infra*. Para um detido esforço de delimitação do conceito de garantia à luz do dado normativo brasileiro, v. RENTERÍA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*, cit., pp. 85 e ss.

¹⁰² “A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o

especial, do terceiro que comprovadamente tinha ciência do conteúdo da relação obrigacional – pode ser considerada, então, lesiva do programa contratual de interesses.¹⁰³ Tais premissas, mais comumente desenvolvidas na teoria contratual, parecem igualmente idôneas a justificar a esfera de proteção do possuidor perante terceiros.

Se o raciocínio exposto estiver correto, como parece, estar-se-á diante de um expressivo indício da possibilidade de reconhecimento da oponibilidade do direito de retenção perante terceiros que tenham ciência da atuação concreta desse remédio.¹⁰⁴ A conclusão dificulta-se, vale ressaltar, pelo caráter instrumental do *direito* (ou, mais tecnicamente, remédio) de retenção, mas nem por isso se afigura aconselhável um abandono dos avanços propiciados por uma releitura da noção de oponibilidade das situações jurídicas.

Para além do possível reconhecimento da oponibilidade do remédio retentório em face de terceiros, cumpre destacar que o ordenamento jurídico dispõe de outros mecanismos de tutela da posição do retentor. Pode-se cogitar, então, de algumas alternativas. Em primeiro lugar, caso a alienação da coisa retida por seu titular traduza fraude contra credores, será plenamente possível a anulação do referido negócio jurídico pelo retentor, nos termos dos artigos 158 e 159 do Código Civil. A disciplina das invalidades também justificará a proteção do retentor caso a alienação pelo titular da coisa retida caracterize simulação, a acarretar a nulidade do negócio (artigo 167 do Código Civil).

Na hipótese de nenhuma razão abalar a validade do negócio jurídico e, com isso, ter-se por plenamente válida a alienação da coisa retida a terceiro, seria possível cogitar de soluções (admissíveis, ao menos, *de lege ferenda*) que busquem resguardar a situação do retentor através de alguma vinculação com o produto da alienação. Ilustrativamente, na hipótese em que o titular da coisa retida a aliena e recebe em pagamento coisa não fungível, seria possível vislumbrar a sub-rogação do direito do retentor sobre o objeto recebido pela alienação,

conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., pp. 264-265).

¹⁰³ Partindo de semelhante ordem de raciocínio para a sustentar que o fundamento da doutrina da tutela externa do crédito remonta à oponibilidade dos contratos, v. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017, *passim*.

¹⁰⁴ Assim conclui Raquel Bellini Salles: “Dessa forma, o direito de retenção, inclusive quando derivado de uma relação contratual, é oponível àqueles que não participaram do contrato, sempre que o credor retentor estiver de boa-fé e houver ciência pelo terceiro” (SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 240). A autora arremata, no que tange ao registro: “Justamente por força da boa-fé do retentor é que se quer se cogita a necessidade de registro da retenção. (...) O direito de retenção será então oponível a terceiros sempre que puder ser conhecido, o que pode ocorrer, por exemplo, simplesmente por meio da posse direta da coisa pelo retentor, de uma notificação ao interessado ou até mesmo pela publicidade do ato jurídico que deu ensejo à retenção, tal como o registro do contrato ou da garantia real” (Ibid., pp. 240-241).

à semelhança do que ocorre, ilustrativamente, em matéria de usufruto na hipótese de destruição da coisa (arts. 1.407-1-409 do CC).¹⁰⁵ Em outra linha de exemplo, caso sobrevenha situação de insolvência do devedor, talvez caiba cogitar do reconhecimento de privilégio especial do retentor sobre a coisa não fungível obtida pela alienação da coisa retida, interpretando-se extensivamente o privilégio sobre a coisa beneficiada por benfeitorias necessárias ou úteis que já é previsto expressamente pelo legislador brasileiro (art. 964, III, do CC).

Analisados os pontos mais relevantes para a cogitação de uma disciplina geral do direito de retenção, passa-se a investigar a problemática atinente à suposta taxatividade do direito de retenção, para cuja resolução há de contribuir decisivamente a pré-compreensão de quais sejam o escopo e a natureza do direito de retenção.

4. A suposta taxatividade do direito de retenção

Por ocasião da exposição do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira,¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ A

¹⁰⁵ João Calvão da Silva propõe solução semelhante no âmbito do direito português: “Se o promitente-comprador reclama o pagamento do seu crédito e vê atendida a reclamação, tendo sido citado para a execução (...) ou reclamado espontaneamente o seu crédito até à transmissão do bem penhorado (...), o direito de retenção (e correspondente posse ou detenção) caducam em consequência da alienação (art. 824º, n. 2, do Código Civil), transferindo-se o seu direito de crédito para o produto da venda do respectivo bem (art. 824º, n. 3, do Código Civil) com a mesma prioridade ou preferência que o direito caducado lhe conferia. (...)É que o direito de retenção não subtrai o bem a património do devedor, originando a sua impenhorabilidade (art. 831 do Código de Processo Civil), nem constitui um direito incompatível com a realização da penhora propriamente dita – só caduca em consequência da venda executiva (art. 824º, n. 2) –, conforme o n. 2 do art. 831º que manda anotar no ato de apreensão do bem o domicílio do retentor para efeito de posterior citação, (...) devendo ser reclamado na execução pendente o respectivo crédito garantido” (SILVA, João Calvão da. *Sinal e contrato promessa*, cit., pp. 186-187). O autor distingue a seguinte situação: “Se o promitente-comprador não reclama o seu crédito no processo executivo, apesar de citado pessoalmente nos termos do n. 9 do art. 848 do Código de Processo Civil ou porque, não tendo sido citado (repare-se no desaparecimento da citação por edital dos credores desconhecidos – art. 864º, n. 1), não apresentou a reclamação espontaneamente até a transmissão do bem penhorado, nos termos do n. 3 do art. 865º do mesmo Código, o direito de retenção caduca (art. 824º, n. 2, do Código Civil) sem transferência do direito de crédito para o produto da venda do bem, uma vez que este direito não foi verificado e graduado. Naturalmente, o crédito subsiste, podendo o beneficiário da promessa, agora na qualidade de credor girografário ou credor comum, fazê-lo valer contra o devedor” (Ibid., p. 187).

¹⁰⁶ V. item 2, *supra*.

¹⁰⁷ 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.

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 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)?¹⁰⁸

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)?¹⁰⁹ 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)?¹¹⁰ No

¹⁰⁸ 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).

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Na seara de controle de distribuição, parece mais simples responder afirmativamente, em razão da remissão

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 742 do Código Civil)?¹¹¹

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 ressarcimento das despesas, poderá ele exercer direito de retenção sobre a coisa? 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?¹¹²

A enunciação de todos esses questionamentos tem por escopo não a introdução 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 nacional e estrangeira, da taxatividade de

genérica à disciplina do mandato estatuída pelo artigo 721 do Código Civil (*in 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”).

¹¹¹ 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.

¹¹² 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). Alvinho Lima formula proposição ainda mais contundente e crítica 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, Alvinho. *O direito de retenção e o possuidor de má fé*. 2. ed. São Paulo: Lejus, p. 56).

hipóteses autorizadoras do direito de retenção,¹¹³ sem embargo da pluralidade de fundamentos que se lhe costumam atribuir – como a equidade e a boa-fé objetiva.¹¹⁴

A afirmação da taxatividade do remédio retentório costuma estar acoplada ao reconhecimento do seu caráter real.¹¹⁵ 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 1966.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ 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, enquanto o modelo de taxatividade vigeria para as hipóteses não amoldadas aos requisitos configuradores da retenção aos moldes da cláusula geral.¹¹⁸

No âmbito do direito brasileiro, todavia, sinalizam contra a atribuição de caráter 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

¹¹³ 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). A prevalência da referida linha de entendimento na doutrina italiana é apontada, ainda, por GALGANO, Francesco. *Le obbligazioni in generale*, cit., pp. 259-260. 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.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ V., entre outros, BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 26.

¹¹⁶ 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).

¹¹⁷ V. SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, cit., p. 103.

¹¹⁸ Em sentido semelhante, v. FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., pp. 348-349.

depor favoravelmente ao seu reconhecimento independentemente de previsão legal expressa.¹¹⁹ Justifica-se, assim, a revisitação do tradicional entendimento que enuncia a taxatividade como suposto atributo do direito de retenção, sobretudo a partir da percepção da ausência de caráter real do referido remédio.¹²⁰ 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 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 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.¹²¹ A

¹¹⁹ Idêntica conclusão, a respeito da ausência de caráter real do direito de retenção, é alcançada, na experiência brasileira, por ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*, cit., p. 276; e, na experiência italiana, por GALGANO, Francesco. *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 260.

¹²⁰ Parece ainda prevalecer, no cenário contemporâneo, o entendimento no sentido da suposta taxatividade do direito de retenção. Mencione-se, ilustrativamente, o julgado em que o Superior Tribunal de Justiça concluiu pelo não cabimento do direito de retenção em hipótese carente de previsão legal, conforme ementado: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VEÍCULO. REPARO. SERVIÇO CONTRATADO. PAGAMENTO. RECUSA. DIREITO DE RETENÇÃO. CONCESSIONÁRIA. BENFEITORIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSE DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA. DETENÇÃO DO BEM. 1. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em definir se a oficina mecânica que realizou reparos em veículo, com autorização de seu proprietário, pode reter o bem por falta de pagamento do serviço ou se tal ato configura esbulho, ensejador de demanda possessória. 2. O direito de retenção decorrente da realização de benfeitoria no bem, hipótese excepcional de autotutela prevista no ordenamento jurídico pátrio, só pode ser invocado pelo possuidor de boa-fé, por expressa disposição do art. 1.219 do Código Civil de 2002. 3. Nos termos do art. 1.196 do Código Civil de 2002, possuidor é aquele que pode exercer algum dos poderes inerentes à propriedade, circunstância não configurada na espécie. 4. Na hipótese, o veículo foi deixado na concessionária pela proprietária somente para a realização de reparos, sem que isso conferisse à recorrente sua posse. A concessionária teve somente a detenção do bem, que ficou sob sua custódia por determinação e liberalidade da proprietária, em uma espécie de vínculo de subordinação. 5. O direito de retenção, sob a justificativa de realização de benfeitoria no bem, não pode ser invocado por aquele que possui tão somente a detenção do bem. 6. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, 3ª T., REsp. 1.628.385/ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 22.8.2017, publ. 29.8.2017). Para uma análise detida da referida decisão, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017, *passim*.

¹²¹ 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, Alvino 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

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.¹²²

5. Convergências e divergências 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 autotutela no direito civil, particularmente no que tange aos seus mecanismos de caráter defensivo.¹²³ No que tange ao objeto do presente estudo, observa-se que a cogitação das convergências e divergências entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) frequentemente surge por ocasião da análise da categoria dos contratos bilaterais imperfeitos.¹²⁴ Sem embargo das críticas que se podem opor à própria

injusto, não concedendo ao possuidor de má fé o direito de retenção, para garantir-lhe o direito de crédito reconhecido pela lei?” (LIMA, Alvino. *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 unitário da retenção, em razão do receio de que a sua invocação indiscriminada se contraponha à precisão conceitual almejada no estudo do direito restitutivo. Ao propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, *passim*.

¹²² 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).

¹²³ Vale mencionar, a título introdutório, a enunciação doutrinária da suposta origem comum dos remédios em comento, a remontar à *exceptio doli*: “A retenção e a exceção de contrato não cumprido codificada pelos artigos 140 e 1.461 do c.c. [*Codice civile*] encontram origem comum na *exceptio doli* especificada na necessidade de não constranger ao adimplemento aquele que, por sua vez, tem direito a uma contraprestação” (BASSO, Paolo. *Il diritto di ritenzione*, cit., p. 82. Tradução livre do original). A respeito da configuração dogmática da *exceptio doli*, com particular destaque à sua relação com a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), v. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 176-182.

¹²⁴ “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

noção de bilateralidade imperfeita,¹²⁵ afigura-se valiosa a análise de alguns dos exemplos¹²⁶ 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 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.¹²⁷

Prevalece, em doutrina, a tese da dissociação entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido.¹²⁸ 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.¹²⁹ Acoplada à diversidade de objetos, costuma-se apontar a diversidade de

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 nexo de correspectividade 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. 19 ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 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.

¹²⁵ Conforme se teve oportunidade de sustentar em outra sede: “Com efeito, a assunção da bilateralidade como correspectividade funcional entre polos prestacionais torna despicienda a categoria dos contratos bilaterais imperfeitos: ou bem há correspectividade funcional (independentemente da fonte ou do momento de surgimento das obrigações) e o contrato é bilateral/sinalagmático, ou falta tal correspectividade 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 nexo de correspectividade com outras, ou não manterá” (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., p. 61).

¹²⁶ 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).

¹²⁷ Serpa Lopes sintetiza a controvérsia: “Todavia a controvérsia é grande a esse respeito, de modo a surgirem três correntes: 1ª) a dos que confundem os dois institutos, de modo a encará-los como noções de igual teor; 2ª) os que separam a *exc. n. ad. contractus* do direito de retenção, entendendo-os institutos absolutamente distintos, cada qual com os seus efeitos próprios; 3ª) 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).

¹²⁸ V., por todos, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI, cit., p. 203; e SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*, cit., pp. 46-52.

¹²⁹ Nesse sentido, v. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, cit., pp. 141-142. Vale mencionar, ainda, a distinção proposta por Galvão Telles: “Não se confunde [a *exceptio non adimpleti contractus*] com o

âmbitos de aplicação, a indicar que a feição real da retenção se contraporía ao carácter eminentemente pessoal da *exceptio*.¹³⁰

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.¹³¹ 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.¹³² Sem embargo de todos os argumentos de que se lança mão 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, enquanto o direito de retenção traduziria remédio de contratos não sinalagmáticos (como os bilaterais imperfeitos)¹³³ ou mesmo de vínculos não contratuais (como na disciplina dos efeitos da posse).¹³⁴

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 prestação e coisa).¹³⁵ De

direito de retenção. Este recai sobre coisa móvel ou imóvel pertencente a outrem, traduzindo-se na faculdade de o seu detentor a não entregar enquanto não for satisfeito determinado crédito (...); ao passo que a *exceptio non adimpleti contractus* versa necessariamente sobre uma prestação de coisa ou prestação de fato” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 487).

¹³⁰ Nesse sentido, v. GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 53-56.

¹³¹ “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.

¹³² Nesse sentido, v. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume II, cit., p. 581.

¹³³ 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; e CATALA-FRANJOU, Nicole. De lanature juridique du droit de rétention. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 65, 1967, pp. 27-28.

¹³⁴ “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). Em idêntico sentido, v., na doutrina portuguesa, ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 134-140; na doutrina italiana, BASSO, Paolo. *Il diritto di ritenzione*, cit., p. 84; e, na doutrina francesa, PICOD, Yves. *Droit des sûretés*. 2. ed. Paris: PUF, 2008, pp. 442-443.

¹³⁵ “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

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.¹³⁶

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.¹³⁷ 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.¹³⁸ 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,¹³⁹ desde que verificado, no caso concreto, o nexos de correspectividade entre prestações – ou, como já se pôde sustentar, entre polos prestacionais.¹⁴⁰ Tal percepção

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.

¹³⁶ Nesse sentido, v. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 978-979; SAPUILE, 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.

¹³⁷ Nesse sentido, v. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004, p. 2.245.

¹³⁸ 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 despidianda a categoria dos contratos bilaterais imperfeitos, como destaca DROSS, William. *L’exception d’inexécution*, cit., p. 9.

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ A propósito da resignificação do sinalagma sob os influxos da boa-fé objetiva, a culminar na superação do vínculo entre prestações em prol do reconhecimento da correspectividade entre polos prestacionais, v. SILVA,

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 passivos de autotutela no direito civil.¹⁴¹ Não surpreende, portanto, a diversidade entre as proposições doutrinárias que ora visualizam a *exceptio* como espécie de retenção,¹⁴² ora identificam a retenção como espécie de *exceptio*,¹⁴³ ou mesmo entendem ambas como espécies de um mesmo gênero.¹⁴⁴ 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 recusa a *devolver coisa alheia*.¹⁴⁵ Uma vez mais, porém,

Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., pp. 63 e ss.

¹⁴¹ 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: “Pelos 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).

¹⁴² V. VILLA, Íñigo Mateo y. *El derecho de retención*, cit., pp. 86-87.

¹⁴³ V. DROSS, William. L’exception d’inexécution, cit., p. 3.

¹⁴⁴ V. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais*, cit., p. 219.

¹⁴⁵ “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 conexão 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).

observa-se que a diversidade estrutural não permite ignorar a similitude funcional entre os remédios no âmbito do regime jurídico do inadimplemento.¹⁴⁶

6. Considerações finais

O propósito de sistematização do direito de retenção no ordenamento jurídico brasileiro demanda esforço proporcional às inúmeras dificuldades suscitadas pela matéria. A tarefa, porém, parece oferecer resultados promissores, permitindo sanar boa parte das sequelas decorrentes do tratamento fragmentado conferido pelo legislador ao instituto. Consta-se, de uma parte, a insuficiência da simples previsão esporádica do direito de retenção pela lei, sem a construção de um regime jurídico que auxilie o intérprete a aplicar um instituto tão *sui generis* quanto o remédio retentório, situado na linha fronteira entre os direitos obrigacionais e reais. Busca-se, por outro lado, identificar a chave funcional que autoriza a aplicação analógica da retenção a *fattispecie* em que o legislador deixou de dispor sobre ela, embora tais hipóteses apresentem idêntica *ratio* a tantas outras em que o instituto foi normativamente lembrado.

Se é certo que o desenvolvimento exaustivo das controvérsias não poderia encontrar no presente estudo a sede adequada, é igualmente certo que a relevância prática e teórica do instituto não mais tolera uma postura inerte da doutrina. Espera-se, portanto, que as precedentes considerações sirvam de fomento ao debate, desde os aspectos mais relevantes para a disciplina geral do direito de retenção até a investigação das hipóteses de cabimento do remédio. A partir do derradeiro confronto, em perspectiva funcional, entre o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido, espera-se, por fim, auxiliar no iluminar do necessário trajeto a percorrer rumo ao reconhecimento de uma disciplina unitária dos instrumentos defensivos de autotutela no direito civil.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, v. DROSS, William. L'exception d'inexécution, cit., pp. 3-4. A presente conclusão sobre a identidade funcional entre os remédios é corroborada pelo esforço de reconhecimento de um fundamento unitário à retenção e à *exceptio*, o que já se buscou sustentar tanto com base na boa-fé objetiva (FONSECA, Ana Maria Taveira da. *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, cit., pp. 391-394) quanto na equidade (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais*, cit., p. 218).

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ADDIS, Fabio. La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla *Unsicherheitseinrede*. In: *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*. Volume I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

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: Editora Polis, 1991.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004.

CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra. Direito de retenção do promitente-adquirente: o beneficiário da promessa de transmissão de um direito real de habitação periódica. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (Coord.). *Garantias das obrigações: publicação dos trabalhos do mestrado*. Coimbra: Almedina, 2007.

CATALA-FRANJOU, Nicole. De lanature juridique du droit de rétention. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 65, 1967, pp. 9-44.

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.

ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Posse – propriedade: compropriedade ou condomínio; direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 12. ed. Atual. Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

GALGANO, Francesco. *Le obbligazioni in generale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2011.

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.

JHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain*. Volume IV. Paris: A. Maresq, 1880.

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.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Direitos reais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Garantias das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

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.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

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.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. 29. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume III. 16. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume IV. 22. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

PICOD, Yves. *Droit des sûretés*. 2. ed. Paris: PUF, 2008.

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

RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969.

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

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017, pp. 1-27.

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.

SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

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, R. 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, pp. 44-95.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*. Granada: Comares, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, João Calvão da. *Sinal e contrato promessa*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. Esboço de uma teoria geral do direito de retenção à luz da unidade sistemática do ordenamento brasileiro. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *Direito civil, Constituição e unidade do sistema*: anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte; Fórum, 2019.

_____. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, 2017, pp. 1-25.

_____. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, n. 78, abr.-jun./2017, pp. 43-83.

_____. Remédios no direito privado. *Revista de Direito Privado*, vol. 98, mar.-abr./2019.

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.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, vol. 58, abr.-jun./2014, pp. 75-107.

_____. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, pp. 1-26.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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.

Recebido em: 02.04.2019
1º Parecer em: 09.04.2019
2º Parecer em: 24.04.2019