

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À REINTEGRAÇÃO LIMINAR NA POSSE E O DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS

Ricardo Vidal FRANÇA FILHO*

RESUMO: O presente artigo trata do “conflito” entre a reintegração liminar na posse e o direito de retenção por benfeitorias, a defesa deste ante a concessão da liminar e o momento processual para sua arguição na reintegração de posse.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito; Liminar; Reintegração de posse; Direito de retenção.

INTRODUÇÃO

Diz-se sobre a posse que:

Não há tema mais instigante, mais complexo e mais controvertido do que a posse. Eu tenho a impressão de que há séculos a doutrina e a construção pretoriana se degladiam em torno do conceito, da natureza jurídica da posse e dos objetivos da proteção possessória, e não se chega a nenhum consenso. (CAPANEMA DE SOUZA, 1994).

Realmente; não há instituto mais polêmico do que a posse. Mas não foi esta a razão que levou este acadêmico a escrever o presente artigo, apesar do desafio e das dificuldades enfrentadas nas discussões abordadas sobre a posse.

Assim, o conflito entre o direito à reintegração liminar na posse e o direito de retenção por benfeitorias, englobam três assuntos de grande valor, notadamente pela sua aplicação no direito processual civil. As *liminares nas ações possessórias*, abrangem tanto a *liminar possessória típica* do procedimento especial das ações possessórias do Código de Processo Civil, como a *tutela (satisfativa) antecipada*, presente no rito ordinário, no artigo 273 do mesmo estatuto processual. Embora de distintos requisitos, ambos institutos, seja na ação *de força nova* (art. 928), seja na *de força velha* (art. 273), possuem idênticos resultados, quando concedida a antecipação dos efeitos da sentença de mérito em confronto com o *direito de retenção* eventualmente existente.

A *reintegração de posse* recebe especial destaque, pois ao contrário das outras ações interditais, muda uma relação fática existente, *radicalmente*. Porque é neste interdito que se irá

até mesmo liminarmente, retirar um possuidor e colocar outro. O *direito de retenção* é visto não só sob o aspecto material como também sob o processual, de modo que seu titular pode ser réu na reintegração liminar acima.

Destarte, sobre esta problemática, é que versará o presente artigo, sendo certo que a sua leitura terá algum aproveitamento, singelo, mas que possa, de alguma forma, contribuir para o crescimento do *Direito*, da mentalidade humana e do senso de justiça.

O direito tutela a boa-fé. Por esta razão aquele que assim se comporta não deve ser prejudicado. O estudo do direito de retenção e de seus embargos na reintegração possessória (liminar) que se verá a seguir, avulta a curiosidade de um assunto que, às vezes passa despercebido entre os doutrinadores, mas que não pode, de nenhum modo, deixar de ser estudado.

1. COLISÃO DE DIREITOS, NA LIMINAR CONCEDIDA *INAUDITA ALTERA PARTE*

Antes de tudo convém dizer que, embora utilizados os termos “conflito” e “colisão” de direitos, na realidade tal não existe. Todos os direitos possuem sua finalidade, que ao ser cumprida, não pode violar outro direito. Pelo contrário; as normas instituidoras dos direitos devem ser interpretadas de maneira que estes permaneçam em harmonia. Destarte, o que de fato existe é um *aparente conflito de direitos*, sendo que, no caso concreto, um deles cede lugar à primazia do outro.

No caso em tela, o que pode ocorrer é que, sendo o possuidor, esbulhado em sua posse, a menos de ano e dia, este intenta pedido de reintegração em caráter *liminar* em face do esbulhador. Ocorre que o requerido, atuava ignorando o vício que obstaculizava a aquisição lícita da coisa (estando portanto de boa-fé), e realizou benfeitorias necessárias e úteis no bem (sendo dessa forma, titular do *jus retentionis*). Assim, deferido liminarmente e *inaudita altera parte*, o mandado de reintegração de posse é cumprido antes que o réu possa invocar a *exceptio retentionis*.

Situação semelhante, mas de ocorrência mais remota (contudo possível), é aquela em que o esbulho se deu a mais de ano e dia pelo possuidor (no caso) *de boa-fé* e, o autor da ação obtém, fundado no art. 273, I do CPC, a reintegração liminar. Dessa forma, tendo igualmente realizado benfeitorias necessárias e úteis na coisa, o titular do direito de retenção se vê privado de invocá-lo, em virtude do cumprimento *inaudita altera parte* do mandado liminar de reintegração de posse. Exemplificando uma hipótese de possuidor de boa-fé, tem-se a prevista no parágrafo único do art. 521 do Código Civil de 1.916: “*Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou*”.

A boa-fé é presumida por causa da compra efetuada em leilão público, feira ou mercado. Embora tal dispositivo não viera reproduzido novamente no Código de 2002, não significa que esta hipótese de boa-fé tenha desaparecido. Outro exemplo é dado pela doutrina:

Se alguém se apossa, violentamente, de determinada coisa, julgando erroneamente que lhe pertence e que está a praticar ato de legítima defesa de sua posse, terá adquirido posse injusta, a qual poderá até ser de boa-fé, se ignorava que a coisa arrebatada não lhe pertencia. (BOURGUIGNON, 1999, p. 69).

Em ambos os casos (seja a *liminar possessória*, seja a *antecipação de tutela*), o que o réu pode fazer? Será pois, analisado para fins de solução do “conflito”, os comportamentos do autor, do juiz e do réu.

Primeiramente, cumpre salientar que os requisitos para o deferimento *in limine* da reintegração de posse prevista no procedimento especial do CPC, são os constantes no art. 927 do CPC, quais sejam: a posse do autor; o esbulho cometido pelo réu; a data deste; a perda da posse. Tratando-se de *posse velha*, deve-se acrescentar aos requisitos acima, os presentes no art. 273, I do CPC: pedido do autor; prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ausência da irreversibilidade fática causada pelo provimento antecipatório. Ao lado destes requisitos, não importando se o rito é o especial ou o ordinário, *deve o autor* também provar a má-fé do esbulhador. É o que diz a doutrina:

Justamente estas circunstâncias deverão ser comprovadas por aquele que pretender haver ou reaver a coisa, evitando a argüição eficaz do direito de retenção por benfeitorias. Deverá comprovar que o possuidor conhecia efetivamente os vícios ou que estes eram tão flagrantemente evidentes que não lhes seria razoável, ordinariamente, ignorá-los.

A má-fé é tratada pelo legislador pátrio como excepcionalidade, tanto que nosso Código Civil estabelece apenas uma hipótese em que ela se presume: é a constante do art. 548, parágrafo único. Fora desta situação deverá sempre ser inequivocadamente comprovada. (BOURGUIGNON, 1999, p. 88) – (grifou-se).

A exigência da prova de má-fé também pode ser verificada na divulgação do gabarito da questão prática de Direito Civil (ponto 1) da 2ª fase do exame nº 123 da OAB/SP, na qual ocorreu um caso de esbulho de um imóvel, objeto de comodato:

Antônio deve demonstrar a posse de má-fé de Benedito, uma vez que promoveu a interpelação, ao término do contrato, motivo esse que enseja o pedido de liminar, por tratar-se de posse nova, datada de menos de ano e dia. (EXAME...,123, 2004) – (grifou-se).

Ademais, tendo o autor cumulado ao pedido de possessório, o de desfazimento de construções ou plantações (art. 921, III), e tendo em vista que estas são acessões industriais, que segundo parte da jurisprudência são equiparadas às benfeitorias (aplicando-lhes o mesmo regime jurídico), a comprovação da má-fé se torna indispensável para evitar eficiente alegação do direito de retenção pelas acessões industriais, formulada pelo réu. Não provada a má-fé do réu, *o autor deve demonstrar* ao menos, que se trata do próprio esbulhador que se encontra na posse do bem (e não terceiro). Isto se deve ao fato do art. 1.212 do CC vedar o ajuizamento de demanda possessória em face do terceiro de boa-fé. Contra este só é cabível ação real. Sendo terceiro de má-fé, ou seja, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era (receptador), a comprovação da má-fé é o único pressuposto para que se intente a reintegração possessória em face dele. Por fim, demonstrado que não se trata de terceira pessoa, *deve ficar evidenciado na inicial que o réu não realizou benfeitorias no bem*. Pois ainda que o réu esteja de boa-fé, a citação da ação reintegratória (via-de-regra) tem força para fazer esta cessar.

Tal qual a demonstração da *posse velha no procedimento especial*, a *existência do direito de retenção em quaisquer dos procedimentos* constitui-se em *fato impeditivo* à concessão da liminar. Pois, *se o juiz soubesse* que do outro lado da lide há o titular do direito de retenção, *certamente não concederia a liminar*, ou pelo menos, *não deveria conceder*. Isto porque, engana-se quem pensa que o ato de esbulho presume-se de má-fé. É verdade que, frequentemente, um ato espoliativo é praticado de má-fé, mas isto não significa que esta situação possa ser presumida sempre. Posse injusta (esbulho) não se confunde com posse de má-fé (ciência do vício). A primeira é aferida em parâmetros *puramente* objetivos, conquanto a segunda é medida com base

na *subjetividade*. É assim que salienta Bourguignon: “É o ato objetivamente considerado que determina ser a posse injusta, irrelevante a intenção do possuidor para qualificar o resultado de sua ação.” (BOURGUIGNON, 1999, p. 69-70).

De forma que pode haver posse injusta, mas de boa-fé, e posse justa, porém de má-fé. Doutrina e jurisprudência confirmam tais assertivas:

... posse justa e injusta não se confundem com posse de boa ou má-fé nem entre elas existe vínculo obrigatório de simetria ou correlação, podendo haver, mesmo, hipóteses em que a posse seja concomitantemente injusta e de boa-fé – possibilitando a solutio retentio – ou ainda, por outro lado, justa e de má-fé – inviabilizando a retenção. (BOURGUIGNON, 1999, p. 74).

O reconhecimento da injustiça da posse, levando a procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se como presente a boa-fé. (STJ – Acórdão Resp 9095/SP (199100046426) RE 23738, 7-4-92, 3ª Turma – Rel. Min. Cláudio Santos apud VENOSA, 2003, p. 70).

Embora não constando do texto do art. 927 do CPC, tais exigências vêm do próprio direito material. O legislador das normas processuais deve acompanhar o das normas de direito material amoldando-se o quanto possível para que injustiças não ocorram, pois o tratamento jurídico que o instituto da posse recebe do ordenamento visa à manutenção da paz social. Destarte, o juiz deve verificar se estão preenchidos todos estes pressupostos para conceder a liminar. Não demonstrados *in limine*, deve designar audiência de justificação prévia.

Mas concedida esta *inaudita altera parte*, o réu deve lançar mão dos meios impugnadores postos à sua disposição. Poderá ele, interpor recurso de agravo de instrumento, requerendo a concessão de efeito suspensivo, para evitar dano irreparável que é a perda do direito de retenção. Se o ato judicial estiver em flagrante ilegalidade, e a *mera existência* do *jus retentionis* do réu puder ser comprovada documentalmente, constituindo *direito líquido e certo*, cabível também se torna a impetração de mandado de segurança, tanto em sede de justiça comum como nos juizados especiais cíveis. Nestes últimos, por não serem *agraváveis* as decisões interlocutórias, o *writ* deve ser impetrado no Tribunal de Justiça. O *mandamus* também é viável na hipótese de denegação de efeito suspensivo no agravo interposto contra a liminar.

O instituto da caução (art. 925 do CPC), também pode ser utilizado de forma de aplicá-lo constitucionalmente, ou seja, que a prova se faça não só da inidoneidade financeira do autor, mas também da falta dos pressupostos autorizadores da concessão da liminar. Por fim, se o réu

pretende tão-somente obter a indenização pelas benfeitorias, pode ajuizar ação indenizatória, com pedido de antecipação de tutela, perdendo todavia, a *exceptio retentionis*.

2. COLISÃO DE DIREITOS, NA LIMINAR CONCEDIDA APÓS AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA

Esta audiência deve ser designada se na inicial não vierem aclarados os requisitos mencionados no item anterior, de modo que sua comprovação se faça em audiência. Não estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz, de acordo com a 2ª parte do art. 928: “*determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.*” Esta audiência é designada para data próxima; nela o autor deve, através da prova testemunhal, demonstrar a situação fática que reclama imediata proteção.

O autor não precisa arrolar previamente as testemunhas na petição inicial. O réu deve ser citado para comparecer à audiência de justificação. Para Joel Dias Figueira Júnior (1999, 341), o réu é *intimado* para a audiência de justificação. Se o autor estiver ausente, sem que o seu comparecimento tenha sido determinado expressamente pelo juiz, não há qualquer penalidade processual. Se o réu não comparecer, não há revelia, pois o prazo para resposta flui a partir de sua intimação da decisão acerca da liminar. O juiz deve tentar a conciliação entre as partes, com fulcro no art. 125, IV do CPC. Embora a prova produzida na audiência seja a oral, nada impedirá que o juiz utilize outras provas na busca da verdade real.

Predomina na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o juiz pode designar esta justificação prévia ainda que não tenha havido pedido do autor, ou seja, *ex officio*. A leitura que se faz do “*caput*” do art. 928 do CPC sugere esta interpretação. O professor Silvío Capanema de Souza (1994) entende o juiz pode designar a justificação de ofício, pelo Princípio da Verdade Real, pois ele busca no processo a verdade real dos fatos.

No caso da antecipação de tutela (art. 273 do CPC), não estando esclarecido dos fatos e da prova que segue a inicial, o §3º, 1ª parte, do art. 461 do CPC, faculta ao juiz a designação de audiência de justificação prévia, conforme se pode observar:

Art. 461. (...).

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificção prévia, citado o réu. (grifou-se).

Na audiência de justificção prévia (art. 928, “caput”, 2ª parte do CPC), a função do autor é complementar a prova para preencher os pressupostos de concessão da medida liminar. O réu é citado, sob pena de nulidade do ato (RT 462/213, 474/172, 494/157, *apud* LARA, 1994, 168), para nela comparecer. Qual a sua atitude durante a audiência? Qual deve ser o comportamento do réu? Pode vir sozinho ou deve vir acompanhado de advogado? Este pode participar ativamente da audiência? Sobre todas estas indagações, o CPC é omissivo.

Uma interpretação literal do dispositivo retro levaria à conclusão equivocada de que a atitude do réu deve ser passiva. Mas a doutrina e a jurisprudência refutaram esta idéia. Todavia, segundo a maioria da doutrina, o réu não poderá produzir provas, notadamente a oitiva de testemunhas. Mas nada impede que o juiz possa, a seu critério, ouvi-lo, e por liberalidade, ouvir suas testemunhas como testemunhas do juízo, na busca da verdade real. O que o réu pode certamente fazer é, reinquirir as testemunhas do autor, contraditá-las (se houver o motivo ensejador), e acareá-las.

Destarte, a maior parte da doutrina não admite o contraditório na audiência de justificção, pois:

... como a finalidade dessa audiência é permitir ao autor produzir provas bastantes para obter a liminar, a participação do réu é restrita, não lhe sendo dado arrolar testemunhas. (...).

Tem-se admitido que o juiz ouça testemunhas do réu, caso não se sinta suficientemente esclarecido e queira ter maiores elementos para apreciar a liminar. O réu não pode, porém, exigir a audição das testemunhas, cabendo ao juiz fazê-lo se quiser. Isso não ofende o princípio do contraditório, que é diferido. Mais tarde, o réu terá toda a oportunidade de apresentar as suas alegações. (GONÇALVES, 1999, p. 76).

Betina Rizzato Lara (1994, 168-169) entende que se o réu pudesse produzir prova na justificção, estaria havendo inversão no processo, entre as fases postulatória e probatória. Ele estaria produzindo prova antes de responder a ação. Afirma ainda que, se o juiz não se sente convencido diante das provas do autor, deve indeferir a liminar, e não ouvir as testemunhas do réu, que não tem nada a provar.

Até então foram vistos alguns dos argumentos que sustentam a impossibilidade de haver o contraditório na audiência de justificção prévia, notadamente pela oitiva de testemunhas

indicadas pelo próprio réu. Não obstante serem tais argumentos, muito fortes, contudo, não parece *data venia*, ser a melhor orientação. E este trabalho o dirá, pelas seguintes razões:

Na audiência de justificação prévia, o juiz deve observar o contraditório, ouvindo as testemunhas pelo réu arroladas. O depoimento destas é muito importante, no caso do requerido ser titular do *jus retentionis*, pois elas podem produzir contraprova e demonstrar a inexistência de má-fé, a realização de benfeitorias, ou mesmo que o réu foi envolvido na lide, mas é estranho à relação jurídica (terceiro que recebeu o bem de boa-fé). A obediência ao contraditório e à ampla defesa é defendida pela doutrina (MARCATO, 1999, p. 123; VENOSA, 2003, p. 137) e jurisprudência (JTASP 106/35; TJMS, RJTMS 10/24; RT 609/98). Seja pela obrigatoriedade da presença do réu nesta audiência, sob pena de nulidade, o que lhe permite a produção de provas (VENOSA, 2003, p. 137); seja pela sua total integração ao processo, já nesta fase do procedimento (MARCATO, 1999, p. 123), obedecendo-se ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF).

Conforme bem ressaltado no aresto da RT 609/98 (retro-citado), privar o réu do contraditório é colocá-lo em situação imóvel, passiva, ante o prejuízo que lhe pode advir. Aliás, a lei processual não cria proibição neste sentido. Nem o réu está provando antes de alegar mas levando ao juiz, elementos para que este forme sua convicção de modo a proferir uma decisão segura, na fase mais importante de todo o procedimento possessório. Não se sabe ao certo se esta decisão será revogada futuramente, e um erro cometido no começo da lide (ainda que futuramente, as provas indiquem que a razão estava com o réu), certamente lhe causará grande prejuízo. Ademais, o caráter dúplice das possessórias, que permite requerer a proteção possessória em seu favor, também não obsta que o réu ouça as testemunhas por ele eventualmente arroladas, quando da justificação. Do contrário, irá se sujeitar o réu a ter que promover ação de manutenção de posse a fim de ouvi-las em audiência, pela conexão das ações.

Se a liminar não pôde ser deferida *inaudita altera parte*, é porque comporta dúvidas, esclarecidas através da prova testemunhal, inclusive do réu, para assegurar uma decisão mais justa. A contraprova do réu limita-se à posse do autor, negando-lhe as afirmações. E se alguns admitem a juntada de documentos pelo réu, não há razão para proibir a oitiva de suas testemunhas. O contraditório nesta audiência, menos que uma dificuldade, é um benefício para o

juiz prolatar uma decisão com segurança, evitando-se que posteriormente, apenas o arrependimento do julgador não seja o suficiente para corrigir o dano irreversível experimentado pelo réu, titular do direito de retenção.

Fazendo-se um paralelo com a seara do processo penal, nela já existem procedimentos especiais que antecipam o contraditório antes do deferimento de uma decisão *inicial (liminar)*. O art. 38 da Lei 10.409/02 (Lei de Tóxicos) permite a apresentação de resposta à acusação por escrito, antes do juiz decidir sobre o recebimento ou não da denúncia. Isto mostra uma tendência legislativa a privilegiar o contraditório antes de decidir-se sobre a liminar.

Voltando ao caso em pauta, logicamente, o depoimento das testemunhas do réu asseverando a inexistência dos requisitos da liminar (e por via oblíqua, a presença dos requisitos do *jus retentionis*, embora não alegado ainda), deve ser confirmada na audiência de instrução para fins de direito de retenção, e este, argüido na contestação, e reiterado nas alegações finais. O autor da reintegração, através de seu advogado, deve na justificação inquirir suas testemunhas, bem como as do réu, de modo a comprovar os requisitos do art. 927 (e 273, I se posse velha); a má-fé do requerido; que este é o esbulhador; ou que não realizou benfeitorias.

Do possuidor de boa-fé se poderá exigir somente os mínimos cuidados, medianamente tomados. Deve-se apurar se a situação jurídica na qual a posse foi adquirida era apta ou não a indicar a existência de vícios, que poderiam ser reconhecidos pelo senso comum das pessoas. O ônus da prova é daquele que imputar a má-fé ao possuidor pois é ele quem deverá prová-la, demonstrando que este tinha conhecimento dos vícios. A *subjetividade da boa-fé* sofre limitações de ordem ética, dizendo a lei que esta deixará de existir quando as circunstâncias façam presumir a não-ignorância dos vícios possivelmente existentes. A situação é de tal maneira, que a ignorância do possuidor é inescusável, não se admitindo a argüição de boa-fé.

O juiz, por sua vez, não deve na audiência de justificação, indeferir reperguntas do patrono do réu acerca de elementos que busquem aferir a existência de boa-fé do requerido ou da feitura de benfeitorias. Deve isto sim, tentar inicialmente a conciliação entre as partes, bem como no fim da oitiva das testemunhas (conforme permite o art. 125, IV do CPC), e caso o quadro esteja favorável ao réu, não havendo conciliação, indeferir a liminar pleiteada. Não estará fazendo isto pela configuração do *jus retentionis* (e nem poderia, uma vez que o art. 128 do CPC

lhe veda conhecer de questões ainda não suscitadas pelas partes), mas sim pela ausência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar, que se deferida pode causar sérios danos a eventuais direitos do réu (inclusive o direito de retenção).

Mas o autor pode - antes da decisão de provável indeferimento e premiado com a nova tentativa de conciliação dada pelo juiz após as oitivas, vendo que as provas indicam um futuro direito de indenização por benfeitorias (e retenção inclusive, eis que não provada a má-fé e verificada a existência de benfeitorias) – *espontaneamente* prestar caução, em analogia ao art. 588, II do CPC, devendo o juiz neste caso, aceitá-la e deferir a liminar. Assim, tanto na liminar do art. 928 como na antecipação de tutela, a caução acaba sendo uma espécie de *pressuposto* para concedê-la.

O juiz deve oportunizar ao réu a garantia do contraditório, ouvindo as suas testemunhas, na busca da verdade real (*Princípio do Ativismo Judicial*). Agindo assim, estará propiciando o verdadeiro e *devido processo legal*. O réu, por sua vez, deve inquirir as testemunhas (notadamente as suas), no sentido de verificar a existência da boa-fé e benfeitorias, pressupostos *negativos* que presentes no caso, obstam o deferimento da liminar.

Na realidade, a abordagem feita neste trabalho, é de dois institutos que nada mais são senão efeitos da posse. De fato, tanto o interdito possessório de reintegração (liminar), como o direito (embargos) de retenção são efeitos da posse. Por esta razão, ambos institutos devem ser compatibilizados para, no caso concreto, verificar-se a primazia de cada um. Não há que se hierarquizar estes efeitos de modo a conceber a *liminar* como direito superior. Pois o *jus retentionis* dá direito ao retentor (possuidor) de usar os mesmos interditos possessórios para proteção da posse de seu direito de retenção.

Destarte, pela atual interpretação do ordenamento vigente, tem-se a seguinte e hipotética situação (além de injusta): havendo o direito (material) de retenção, em qualquer das hipóteses acima, o justo possuidor, esbulhado em sua posse pelo possuidor injusto (mas de boa-fé), intenta a reintegração possessória de caráter *liminar* (pelo art. 928 – *posse nova*), ou pleiteia a *antecipação de tutela* (fundada no art. 273, I - *posse velha*), demonstrando apenas os requisitos do art. 927, sem contudo, provar a má-fé, ou mesmo a inexistência de benfeitorias. Se não deferida liminarmente, o magistrado designa audiência de justificação na qual procede à oitivas

das testemunhas do autor, vedando no entanto a oitiva das testemunhas do réu, acerca dos pressupostos da liminar. Não satisfeito, o juiz indefere reperguntas do réu (seu advogado) sobre inexistência de má-fé (claro que não feita nestes termos); de que se trata de terceiro envolvido na lide, de boa-fé; ou da existência de benfeitorias.

Deferida a liminar, o réu não possui material suficiente para instruir o agravo de instrumento, pois a prova documental só demonstra depoimentos das testemunhas do autor, tendo sido vedado o contraditório na audiência. No juízo de retratação o magistrado não se convence de que a liminar fundada tão-só no art. 927 causou prejuízo ao direito de retenção (pois não foram provados os demais requisitos), mantendo sua decisão. No Tribunal, além de indeferido o pedido de efeito suspensivo, posteriormente foi negado provimento ao seu recurso.

Deduzido o pedido de caução, este fora negado por ser entendido como inconstitucional o art. 925 do CPC. Na contestação, argüida a *exceptio retentionis*, o magistrado não a reconhece como *fato novo*, apto a ensejar nova decisão de revogação da *liminar típica*, ou da antecipação de tutela (art. 273, §4º), postergando para a fase decisória, depois de realizada toda a instrução. Na sentença, ainda que reconhecido o *jus retentionis*, e revogada a liminar em virtude dele, por causa da apelação interposta pelo autor ter sido recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, a situação não muda, continuando o autor na posse do bem, e prejudicado definitivamente, o direito de retenção do réu.

Finalmente, intentada ação indenizatória pelo réu, mesmo com a concessão da tutela antecipada, este não obtém sucesso, pois o autor só possui aquele bem (imóvel, por exemplo), objeto da possessória, ficando sem o célere ressarcimento, pois tal bem no caso, é considerado *bem de família legal*.

Diante do quadro acima se pergunta: é justo o ocorrido? Será justo que o direito *material* de retenção não receba a devida tutela *processual*? E o direito à indenização, que ficou prejudicado? Será que o réu só deve ter reconhecido o seu *jus retentionis* após o trânsito em julgado da decisão e desta forma coagir o autor a ressarcir-lo? Se este trabalho conseguir colocar um mínimo de dúvida na mente de seus leitores, já terá conseguido alcançar um de seus objetivos.

3. CONCLUSÃO

Com efeito, o princípio que opera e dá vida ao direito de indenização por benfeitorias, sendo por isso, seu corolário, é o *Princípio da Vedação do Enriquecimento sem causa*, hoje positivado definitivamente nos arts. 884 a 886 do CC. O direito de retenção, por sua vez, constitui-se em direito *acessório e subsidiário* do direito de indenização por benfeitorias, sendo a *boa-fé*, o seu elemento *adjetivador*. Trata-se de direito que tem por finalidade resguardar a eficácia do dever de indenizar (*de restituir o indevidamente auferido*), fortalecendo o princípio acima aludido. De modo que, eliminar o *jus retentionis* é deixar sem proteção o direito de indenização.

Apesar de direito pessoal, o *direito de retenção* prefere a muitos direitos reais, *inclusive a posse*, peculiaridade que muitas vezes ocorre no embate de um direito real *versus* pessoal, não havendo nada de estranho nessa situação. O injusto possuidor, como *retentor*, não pratica esbulho ao reter a coisa, pois o faz licitamente, autorizado pela lei. Ademais, o art. 1.219 do CC (que garante o direito de retenção), não declara no dispositivo que *o justo possuidor*, ou *o possuidor a mais de ano e dia* poderá exercer o direito de retenção, mas sim o *possuidor de boa-fé*. Vale a lição de Bourguignon:

... o direito de retenção poderá ser exercido por quem seja possuidor, não importando se direto ou indireto, natural ou jurídico, com posse ad interdicta ou ad usucapionem, velha ou nova, justa ou injusta, mas influenciando decisivamente a presença da boa-fé, tal como exige o art. 516 do CC. (BOURGUIGNON, 1999, p. 69) – (grifou-se).

Assim sendo, para o correto deferimento da liminar, mister se faz que se atenda aos seus pressupostos, constantes no art. 927 (e 273, sendo o caso); além da prova da má-fé, conforme ressaltado por Thereza Alvim e James Marins: “*De má-fé, ao contrário, agiu o Réu, este sim usou da clandestinidade, da ilegalidade e do abuso de poder para fazer sua vontade, pois que desprotegida pelo Direito.*” (ALVIM, 1994, p. 213).

Não podendo prová-la, que demonstre então que o réu não é terceiro envolvido na lide; e que não realizou benfeitorias no bem. Não há que se falar em discricionariedade na decisão da medida; presentes os requisitos, ela deve ser concedida. Se mesmo assim não observados os requisitos acima, e for deferida liminarmente a medida *inaudita altera parte*, deve o réu se

socorrer dos meios de impugnação, como o agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, e excepcionalmente, valer-se do mandado de segurança, seja para atacar a decisão (inclusive em sede dos Juizados Especiais Cíveis), seja para conceder o efeito suspensivo denegado no agravo, pelo relator.

Outro remédio que também pode ser utilizado é o requerimento de caução, instituto *plenamente constitucional*, se interpretado de forma a harmonizar-se com a Constituição, ou seja, que não basta apenas a prova de inidoneidade financeira do autor, mas de desacreditar a liminar concedida, demonstrando que o autor não tinha razão e que as perdas e danos consistem em prejuízos prováveis e não duvidosos e desconhecidos. Tendo o autor outros bens, a ação de indenização também pode ser manejada, inclusive com pedido de antecipação da tutela indenizatória.

Havendo justificação prévia (que não depende de pedido do autor), o contraditório deve ser observado e ouvidas as testemunhas pelo requerido arroladas, de maneira que estas, com seu depoimento possam evidenciar a ausência dos requisitos da medida antecipatória. A observância do contraditório se dá em razão dos princípios do *contraditório e da ampla defesa, do ativismo judicial, do caráter dúplice das ações possessórias e do devido processo legal*.

Os embargos (direito) de retenção devem ser veiculados no prazo e na forma da contestação, sob pena de preclusão (não se necessitando da reconvenção e do uso da inicial de embargos de retenção), dado o caráter dúplice das ações possessórias, que admite os pedidos contrapostos de proteção possessória do direito de retenção e de indenização por benfeitorias. A sentença, que é *executiva lato sensu*, desafia apelação sujeita apenas ao efeito devolutivo, revogando-se a liminar eventualmente concedida em virtude do reconhecimento do *jus retentionis*, sem que este influa na improcedência ou procedência da ação, que no último caso, terá condicionado o cumprimento do mandado, ao ressarcimento pelas benfeitorias.

Todavia, antes desta etapa, o juiz pode, no juízo de retratação do agravo, ou depois de ofertada a contestação, rever sua decisão, em virtude do *fato novo e impeditivo* em tese, do direito a liminar, que é o direito de retenção. A situação que retrata a existência do direito à antecipação de tutela e o direito de retenção é comentada por Bourguignon:

Esta situação deve levar o julgador a um criterioso sopesamento dos interesses (pretensões) a proteger, diante do nível, ou melhor, intensidade de provas produzidas e de outros elementos da situação a ser favorecida, tais como a duração a que está submetida a demanda, o risco de periclitamento da pretensão autoral (se for a hipótese do inciso I do art. 273), a agregação de valor que o réu tiver incrustado à coisa que pretende reter e a higidez patrimonial daquele que for apontado como obrigado a indenizar as benfeitorias. (BOURGUIGNON, 1999, p. 283).

E o autor retro propõe uma solução:

Em todo caso, a solução de equilíbrio será, nestas hipóteses, exigir-se caução como condição da execução da tutela antecipada ou, caso tenha sido deferida e executada, de sua manutenção, desde que o réu, evidentemente, comprove de modo satisfatório os elementos integrantes de seu alegado direito de retenção. (BOURGUIGNON, 1999, p. 283).

É medida utilizada pelo juiz, em analogia ao art. 744, §3º do CPC, que permite a imissão da posse pelo credor nos embargos de retenção, desde que prestada a caução. No caso da reintegração liminar ter sido deferida, a exigência da caução acaba sendo um *pressuposto para a permanência da liminar concedida*.

A solução encontrada acima pela doutrina para resolver o embate remonta à aplicação de um dos princípios gerais do direito, mais precisamente do direito constitucional, que é o *Princípio da Proporcionalidade*. E se engana quem pensa que ele só se aplica entre direitos e garantias *fundamentais*, mas em todo “*conflito*” de direitos. Desdobra-se em três subprincípios: *princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Segundo a doutrina:

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução.

(...).

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. (...).

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. (PEREIRA DE SOUZA, 2004).

Através da utilização deste princípio, o juiz ponderará, diante de diversos fatores, tais como se as provas documentais produzidas acerca do direito de retenção são suficientes, pois não fora ainda iniciada a instrução; o tempo a que a demanda perdura e a prejudicialidade ao direito

de retenção com a demora na solução do litígio, o fundado receio de dano a que o autor está exposto; o *quantum* despendido na feitura das benfeitorias e a idoneidade patrimonial do autor para ressarcir futuramente o valor das benfeitorias. Conclui-se que, somente a análise do caso concreto poderá dizer qual direito prevalecerá e dará lugar ao outro.

Hipoteticamente, dependendo do valor gasto com as benfeitorias, não sendo prestada a caução determinada judicialmente, é mister que se revogue a liminar concedida. A razão para a primazia pelo *jus retentionis* se dá ao fato de que o direito tutela a boa-fé. O possuidor supôs situação de fato que se existisse tornaria sua posse legítima. Fez benfeitorias no bem, de boa-fé, ignorando a posse viciosa em que se encontrara.

Ademais, no ordenamento jurídico pátrio encontra-se uma variedade de normas nas quais a boa-fé é protegida, tendo-se como exemplos o *casamento putativo* (no direito de família), a *legítima defesa putativa* (no direito penal).

O legislador do *processo* deve compatibilizar-se com o do *direito material* amoldando-se o máximo possível para que não ocorram situações injustas, pois o instituto da posse deve ser tratado no ordenamento visando à pacificação social. Não é *razoável* que, por meio do atendimento de requisitos *puramente objetivos*, sem demonstração de má-fé da parte requerida, o autor obtenha providência jurisdicional (tutela antecipada) apta a elidir outro direito (o de retenção), sem contudo, impugná-lo.

De nada adiantará para o credor das benfeitorias somente *alegar e mesmo provar* o direito de retenção, se o bem estiver nas mãos do devedor até o trânsito em julgado da decisão, uma vez que este direito não tem valor patrimonial, mas poder coativo de fazer o devedor *restituir o valor das benfeitorias*.

Não basta tão-só o reconhecimento *jurídico* do instituto, mas sobretudo *fático*, vale dizer, no mundo dos fatos, da realidade sensível, de forma que o direito processual atenda aos anseios de uma sociedade, que busca no Poder Judiciário a esperança na correta instrumentalização e tutela efetiva de seu direito (material) posto em juízo. Somente dessa forma terá o processo civil, a efetividade que ele necessita, bem como o prestígio que o Poder Judiciário almeja, enquanto instituição que chamou para si a responsabilidade na resolução dos conflitos de interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza. *Ação de reintegração de posse de aeronave promovida pelo promitente comprador – direito de retenção por benfeitorias úteis e necessárias* / Thereza Alvim, James Marins. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 76, p. 209-217, jul./set. 1994.

BRASIL. Código civil – Código de processo civil – Constituição federal. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 5ª edição atualizada até 13.01.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1725 páginas.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício judicial do direito de retenção por benfeitorias. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 296 páginas.

CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. A posse e as ações possessórias: as liminares nas ações possessórias; recursos; manutenção após sentença de primeiro grau e interposição de recurso; interdito proibitório. Presidente Prudente, 1994. FITA DE VÍDEO.

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 123., 2004, São Paulo, *Civil – Ponto 1 - Gabarito – 2ª fase*. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 2004. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/main2.asp?pg=2.10.24.9>>. Acesso em: 30 jun. 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Liminares nas ações possessórias. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Sinopses jurídicas, V. 13: procedimentos especiais. São Paulo: Saraiva.

LARA, Betina Rizzato. Liminares no processo civil. 2ª edição, atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCATO, Antônio Carlos. Procedimentos especiais. 8ª edição, 2ª tiragem revista, atualizada e ampliada, incluindo a ação monitória introduzida pela Lei 9.079/95. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. *O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional* / Carlos Affonso Pereira de Souza, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 25 jul. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

*** Ex-aluno das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” – Faculdade de Direito da Presidente Prudente, e integrante do Grupo de Estudo “Direito e Sociedade”, coordenado pela Professora Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos, durante os anos de 2004/2005.**