

Retenção por benfeitorias

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

SUMÁRIO

1. *Conceito de benfeitoria.* 1.1. *Benfeitorias na locação.* 2. *Eficácia da sentença e benfeitoria.* 3. *Retenção por benfeitorias como exceção: formas.* 3.1. *Embargos à execução na locação.* 3.2. *Embargos por benfeitorias para entrega de coisa em possessórias e reivindicatórias.* 3.3. *Reconvenção.* 4. *Conclusão.*

1. *Conceito de benfeitoria*

Benfeitoria é o melhoramento promovido em um prédio com a intenção de torná-lo mais útil ou agradável. São benfeitorias úteis "aquelas que aumentam ou facilitam o uso da coisa, melhorando-a ou valorizando-a, as quais, embora não se indicando indispensáveis para a conservação da coisa mostram-se de visível utilidade para o proprietário dela, resultando num enriquecimento em virtude da natural valorização trazida à propriedade". As benfeitorias necessárias "dizem-se as que são feitas para a conservação do prédio sem as quais este se arruinaria". Voluptuárias são aquelas feitas para o mero deleite ou recreio de quem fez; não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

São benfeitorias indenizáveis as úteis e as necessárias. Quanto às benfeitorias voluptuárias, a indenização depende da vontade do proprietário que as pagará se lhe convier. Se o proprietário não quiser pagar pelas benfeitorias voluptuárias o possuidor poderá retirá-las se isto não causar estrago do corpo da coisa a que aderem. Se o estrago da coisa é indenizado, apesar da omissão do código, a doutrina entende que poderá levantar as benfeitorias. Se o possuidor for de má-fé, as benfeitorias volup-

tuárias servirão como forma de indenização ao dono da coisa em virtude do tempo que se viu privado de seu bem e, assim, não poderão ser levantadas¹.

Há direito de retenção do possuidor de boa-fé quanto às benfeitorias necessárias e úteis. O direito de retenção consiste "em poder o possuidor reter a coisa em seu poder, até ser embolsado nas despesas a que tem direito pelas benfeitorias necessárias e úteis". Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias², isto se justifica porque tratando-se de benfeitoria necessária, teria de ser feita em qualquer hipótese para conservação da coisa, mas não geram direito de retenção. As benfeitorias úteis e voluptuárias não serão ressarcidas ao possuidor de má-fé, pois sabia de antemão que a coisa não lhe pertencia³.

É necessário que não se confundam os conceitos de benfeitorias e de acessão. A acessão "é o direito conferido por lei ao proprietário de bens ou coisas, sobre todos os acréscimos ou frutos produzidos, isto é, sobretudo o que se incorpora natural ou artificialmente às mesmas coisas ou bens"⁴. A acessão é o modo originário de adquirir em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou incorpora ao seu bem⁵. A acessão pode ser natural, artificial, ou industrial. A acessão artificial é produzida pelo esforço humano e consiste de plantações e construções.

O artigo 545 do Código Civil preceitua que: "Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio, perde em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém se proceder de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos". Da acessão produzida pelo possuidor de boa-fé decorre indenização. J.X.⁶ Carvalho Santos entende com

¹ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, pp. 219-226.

² Art. 517 do CC.

³ Art. 517, segunda parte.

⁴ PLÁCIDO E SILVA. In: *Vocabulário Jurídico*, v. I, p. 69.

⁵ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, p. 356.

⁶ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, pp. 415-416.

amparo na doutrina francesa que também há direito à retenção⁶. Mas reconhece que o direito de retenção só se manifesta por via de exceção e não pode ser exercido por meio de ação direta⁷. A jurisprudência ressalva outro entendimento: "Quanto às acessões não cabe a retenção por benfeitorias"⁸.

1.1. *As benfeitorias na locação*

A Lei n.º 8.245 de 18/10/91 prevê as benfeitorias no artigo 35 nesses termos:

"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 de retenção."

Existe cláusula padronizada de contrato de adesão pela qual o locatário renuncia ao direito de retenção por benfeitorias. A validade da cláusula dependeria da espécie da benfeitoria realizada. Se se tratassem de benfeitorias úteis, a cláusula seria válida e a benfeitoria indenizável; se se tratassem de benfeitorias necessárias o direito à retenção persistiria apesar da vedação contratual⁹. E o VI Encontro de Juízes do Tribunal de Alçada prescreveu nesses termos: "Não tem validade a renúncia do locatário em contrato do direito de retenção por benfeitorias necessárias". Sobre nulidade de cláusula que proíbe direito de indenização ver ainda art. 51, inciso XVI do Código de Defesa do Consumidor. São nulas de pleno direito (...) as cláusulas que (...) possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

A orientação de que a cláusula que proíbe a indenização ou retenção seria nula justificase apesar de a lei ressalvá-la, posto que as benfeitorias necessárias são obrigação do locador¹⁰.

Não obstante, maciça jurisprudência tem

⁷ BEVILÁQUA, CLÓVIS. In: *Código Civil Comentado*, art. 517, apud Carvalho Santos, J.X. *Código Civil Interpretado*, pp. 415-416.

⁸ Conforme se depreende de acórdão prolatado pela 1.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, j. em 18.2.87, relator QUAGLIA BARBOSA, in RT 616/144.

⁹ Nesse sentido VILLAÇA E TUCCI. In *Tratado da Locação Predial Urbana*, vol. I. Ed. Saraiva, 1980, p. 292.

¹⁰ Artigos 21 e 22 da Lei n.º 6.649, de 15-5-79 e artigo 22, inciso X, parágrafo único, letras, a, b e c da Lei n.º 8.245, de 18-10-91.

entendido válida a cláusula, e por consequência, inadmitido realização de prova de benfeitorias necessárias, eximindo o locador de indenização.

2. Eficácia da sentença e benfeitoria

Para a doutrina tradicional os provimentos jurisdicionais são no processo de conhecimentos declaratórios, constitutivos ou condenatórios. A ação de despejo é entendida como condenatória, pois condena o réu a desocupar o imóvel no prazo assinado¹¹.

É evidente, no entanto, que a ação condenatória de ressarcimento difere da ação condenatória de ação de despejo, à vista do conteúdo do provimento jurisdicional. Na primeira, a sentença por si só não implica na entrega do bem da vida, na segunda, por sua vez, a própria sentença exaure a pretensão, pois pode ser executada prescindindo de novo processo, resume-se a um ato (chamado de execução imprópria), ou encurta-se até transformar-se num simples incidente, ou fase interna da demanda de conhecimento, ao passo que nas formas executivas derivadas das sentenças verdadeiramente condenatórias, assim como na execução por crédito, aquilo que deveria ser uma simples fase ou ato do processo de conhecimento passa a ser uma nova ação executória¹².

Resume Pontes de Miranda: "A ação de despejo é composta de duas ações uma das quais executiva nela a execução é fase e não *actio iudicati*"¹³. "A ação de despejo realiza-se na própria relação processual da ação, sem que haja necessidade de proposição subsequente de uma nova ação executória, fundada numa suposta *actio iudicati*. São da mesma natureza o mandado de segurança a ação de nunciação de obra nova, a *cautio damni infecti*, ação de arresto, seqüestro, ação de exibição, busca e apreensão e reintegração de posse. É o conteúdo da sentença o resultado pedido, ou seja, no caso a decretação do despejo, como atividade executória"¹⁴.

Sobre esse aspecto acrescenta Pontes de

¹¹ Nesse sentido DINAMARCO et. alii, in: *Teoria Geral do Processo*, pp. 270 e ss.

¹² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. In: *Ação de Imissão de Posse no Direito Brasileiro*. Ed. Saraiva, pp. 42-44, 55, 60-62, 69 e 178-179.

¹³ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, v. I, pp. 336.

¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. In: *Ação de Imissão de Posse no Direito Brasileiro*. Ed. Saraiva, p. 41.

Miranda¹⁵, "na época das Ordenações Filipinas admitia-se embargos ao mandado de evacuando. No terreno da ciência, a questão está em se saber se a ação de despejo é ação executiva *lato sensu* em que a ação de execução é proposta; ou se de mandamento. No código anterior de 1939 passou a ser concebida como executiva, porém no direito brasileiro anterior era de mandamento. Visto a natureza da sentença tem-se como condicional se reconhecer a existência de benfeitorias salvo se o autor prestou caução".

"Contra o adquirente exerce-se o direito de retenção por benfeitorias feitas, ainda que se haja de entender que no preço pelo imóvel se computou o valor destas"¹⁶. "Se a sentença reconheceu o direito de retenção por benfeitorias a sentença de despejo não pode ser executada sem que se satisfaça o locatário"¹⁷. "O direito de retenção é exceção do possuidor de boa-fé. Pode ser afastado com a caução. Não tem direito ainda que pelos gastos necessários o possuidor de má-fé"¹⁸.

3. Retenção por benfeitorias como exceção: formas

"Exceção em sentido amplo, é o poder jurídico de que se acaba investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida". A exceção não pode ser o direito ao provimento de rejeição do pedido do autor, mas apenas o direito a que no julgamento também se leve em conta as razões do réu". "Não é correto, assim falar-se em *ação do réu* porque não há ação sem interesse de agir. E se a defesa é bastante para cobrir o interesse do réu, este só se defende e não ataca. Mesmo quando o réu ao defender-se amplia a matéria que deverá formar o convencimento do juiz (aduzindo fatos impeditivos ou extintivos) não está ampliando o *thema decidendum*"¹⁹.

Sendo a sentença de decretação de despejo condicionada à indenização por benfeitorias,

¹⁵ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 322.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 329.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 336.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA. In: *Tratado das Ações*, vol. II, sobre Ações Executivas, op. cit., p. 158.

¹⁹ DINAMARCO et. alii, in: *Teoria Geral do Processo*, pp. 239-243.

temos que estas são efetivamente exceções do réu que retém o imóvel até o adimplemento da obrigação.

Segundo Silva Pacheco²⁰, em tese pode se conhecer o exercício desse direito de retenção frente à ação de despejo através: a) de exceção incrustada na contestação (artigos 300 e ss. e 628 do CPC); b) da reconvenção (arts. 253, parágrafo único, 315 a 318 do CPC), por ser conexa com a ação principal e não ter a ação de despejo rito sumaríssimo; c) embargos opostos como ação autônoma, em apartado e em apenso ao processo principal (arts. 736 e 744).

3.1. Embargos à execução na locação

A jurisprudência e a doutrina são unânimes em repudiar os embargos à execução como forma para ver valer o direito de retenção²¹. Como se viu, não há processo de execução, o qual os embargos pressupõem. Estes são ação autônoma incidente à execução que tem por finalidade desconstituir ou declarar a ineficácia do título executivo. Cabem embargos à retenção por benfeitorias na execução de sentença proferida em ação fundada em direito real, ou direito pessoal sobre a coisa, a teor do art. 744 do CPC. Esse artigo não se aplica às ações de despejo, mas apenas às ações de execução de entrega de coisa. Sobre a inadmissibilidade dos embargos, Frederico Marques²² diz, ao tratar de ação de instância única, sem formação de nova relação processual para o cumprimento e satisfação do julgado, que não se há cogitar de incidentes com caráter de outra ação a obstar a execução.

A jurisprudência dominante também é nesse sentido: "consoante o disposto no art. 43 da Lei n.º 6.649/79 a execução de despejo se faz por simples notificação ao réu e não pelo processo executório previsto no cap. II do título III, do livro II do CPC. Destarte, tal execução não comporta embargos de retenção por benfeitoria, eis que estes só tem lugar no aludido processo executório, como se vê do art. 744 do estatuto processual"²³.

²⁰ SILVA PACHECO. In: *Tratado das Ações de Despejo*, 1985, p. 395.

²¹ Nesse sentido leiam-se os acórdãos insertos na Revista dos Tribunais 512/192, 544/154, 579/151, 631/201 e Jurisprudência do Tribunal de Alçada n.º 49/208 e 90/433.

²² FREDERICO MARQUES. In: RT 169/774.

²³ Acórdão unânime da 3.ª Câmara do 1.º AC de 1.º-12-83, no ap. 96.190, rel. NACIZO PINTO,

3.2. Embargos por benfeitorias para entrega de coisa em possessórias e reivindicatórias

Não se aplicam os embargos de retenção de benfeitorias nas ações possessórias. "O direito de retenção em ação possessória deve ser invocado na contestação visto que inadmissíveis os embargos do executado. O art. 744 do CPC não se aplica à execução de mandado de reintegração de posse, pois os embargos ali previstos só tem lugar na execução para entrega de coisa certa"²⁴.

"São admissíveis embargos de retenção por benfeitorias se na fase de cognição nada ficou decidido"²⁵ (RT 474/212; 479/161; 487/145; RJTJESP 37/59; 71/207; 80/69; JTA 104/114) *apud* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", de Theotônio Negrão, 24, ed., nota 7, ao art. 744.

Entendemos incorreto o entendimento de que o direito de retenção, poderia ser alegado na fase de execução da ação reivindicatória caso não viesse a ser alegado na fase de cognição. Esse entendimento vem fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal inserto na RT 156/842 e na doutrina de Liebman e Celso Neves, conforme reporta-se o acórdão.²⁵ A sentença e o acórdão, silenciaram-se a respeito do direito de retenção mesmo porque não houve pedido nesse sentido.

Nesse acórdão foi vencido o entendimento de que a matéria estaria preclusa, vez que não ventilada no processo de conhecimento a tempo. Em nosso sentir, razão assiste ao voto vencido. Em virtude do princípio da eventualidade de toda a matéria de defesa deve ser alegada

ADCOAS-1194, n.º 95.334.

²⁴ Ac. Unân. 1.ª Câmara do 1.º TACSP de 24 de junho de 1980, ap. 269, 379, rel. MACEDO BITTENCOURT, In: *JTAC* 63-150. Em acórdão publicado na RTJ 37/59 e 60, da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça.

²⁵ Ocorre que verificando-se as obras mencionadas na fonte, LIEBMAN faz apenas referência ao precedente do STF, em nota n.º 3, p. 229 do *Processo de Execução*. Ed. Saraiva, 5.ª ed., 1986, não se posicionando efetivamente nesse sentido. CELSO NEVES por sua vez é peremptório: "O texto (art. 744) restringe à sua disciplina portanto aos casos em que não houve no processo de conhecimento debate sobre a pretensão de reter, permitindo a sua invocação na ação incidental de Embargos do Executado." In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1974, p. 231.

na primeira oportunidade sob pena de preclusão, não podendo, portanto, vir a ser alegada posteriormente. Fato esse que difere de ter sido alegado o direito de retenção mas não reconhecido ou julgado na sentença e no acórdão. Assim, posicionamo-nos contra a admissibilidade dos embargos de retenção, caso haja oportunidade no processo de conhecimento de alegar a existência de benfeitorias.²⁶

Em síntese: o direito de retenção poderá ser alegado em embargos de retenção por benfeitoria desde que se trate de execução para entrega de coisa. Tratando de possessórias ou reivindicatórias não caberiam os embargos de retenção, salvo se fizerem parte da lide desde o princípio.

3.3. Reconvenção

A reconvenção tem natureza de ação incidente ao processo principal a ele conexo, nos termos do art. 315 do CPC e seguintes. É apresentada em peça separada, processada nos mesmos autos e julgada na mesma sentença que decide a ação principal. Enquanto a defesa impede a reconvenção pede, ou seja, contra-ataca.

Covello²⁷ defende a propriedade de reconvenção como meio de exercer o direito de retenção na ação de despejo. Explica ainda que no Código de 1939 a reconvenção não era admitida pois era vedado o seu uso nas ações executivas *lato sensu* consideradas como é o caso da ação de despejo. Atualmente o uso da reconvenção tem apoio na jurisprudência salvo exceções.

A tese contrária à admissão da reconvenção para alegação do direito de retenção é sedutora e tecnicamente perfeita. Com efeito, a reconvenção protegerá especificamente o direito à indenização correspondente às benfeitorias, à qual presspõe o direito à retenção, mas nem sempre (como é o caso do possuidor de má-fé que tem direito à indenização mas não direito à retenção). O direito à retenção, considerado em si, não é objeto de ação autônoma, mas como vimos é puramente um direito de garantia ao ressarcimento à indenização. Daí a propriedade de contra-ataque via ação reconvenção para alegar apenas a indenização, mas não o direito de retenção dela pres-

²⁶ Nesse sentido RJTAMG 26/323, RT 653/187, 681/91, RJTJSES 130/314, JTA 100/361, *apud* THEOTONIO NEGRÃO *idem ibidem*.

²⁷ Em artigo publicado na RT 631/268.

suposto.

Conclui-se que sendo a sentença condicional ao pagamento da indenização, resulta que na prática o direito de retenção alegado em reconvenção ou contestação terá o mesmo efeito. Mesmo assim entendemos exagerada a decisão que rejeita a reconvenção se eleita pelo réu para valer o seu direito, como a seguinte:

“Despejo — reconvenção — direito de retenção inadmissibilidade. Inadmissível é a reconvenção em ação de despejo, quando objetivando o direito de indenização por benfeitorias, pois normalmente constituiu-se um direito passivo de pura defesa, devendo ser deduzido em contestação, por via de exceção, ou ainda na execução”²⁸.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela admissibilidade da via reconvenção²⁹. A doutrina mais autorizada também se posiciona favoravelmente³⁰.

4. Conclusão

Quanto ao conceito de benfeitoria não há diferença em essência entre a existente na locação e a decorrente de outros meios de posse.

Quanto à indenização o Código do Consumidor, ao vedar a cláusula que nega a indenização por benfeitorias introduzidas, não teria sido revogado pela nova Lei do Inquilinato, a qual, nesse sentido, repete a anterior lei sobre a matéria. Assim, entendemos nula a cláusula que vede a indenização por benfeitorias.

A sentença nas ações de despejo e possessórias não admitem incidentes para discussão de benfeitorias. Podem ser alegadas em contestação, reconvenção.

Quanto aos embargos à execução não são cabíveis nas ações de despejo, mas cabem nas ações possessórias, reivindicatórias e entrega

²⁸ AI 228957, 3.ª Câm. rel. Juiz OSWALDO BELLIERI j. 25.10 de 1988. Arquivo de Jurisprudência da Biblioteca do 2.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

²⁹ Rec. Extraordinário n.º 68, 276 GB, j. 21.11.72, pelo Min. ELOY DA ROCHA, 2.ª Turma, Ed. DJU de 2.3.73, p.1106.

³⁰ MOACYR AMARAL SANTOS, *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. Ed. Max Limonad, 3.ª ed., 1986, p.193-197; CLITO FORNICIARI JUNIOR, *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. 1979, p. 141; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Tratado das Ações de Despejo*, 6.ª ed., p. 260.

de coisa de embargos para retenção por benfeitorias, desde que discutidas no processo de conhecimento anterior a elas.

Bibliografia Consultada

ALEXANDRE de Paula. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III, Revista dos Tribunais.

AMILCAR de Castro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. RT, 1974.

CALDAS, Gilberto. *Locação e Despejo à Luz da Jurisprudência*.

COMBRE, Nilton da Silva. *Teoria e Prática da Locação de Imóveis*. 3.^a edição. Ed. Saraiva, 1988.

DORNELLES da Luz, Aramy — *Comentários Práticos à Nova Lei do Inquilinato*.

FERREIRA INOCÊNCIO, Antonio. *A Nova Lei do Inquilinato*.

LAURIA TUCCI e Villaça, Rogério e Álvaro. *Tratado da Locação Predial Urbana*. Ed. Saraiva, 1979.

LEANDOR, Waldemar. *Novas Locações*, Lei n.º 6.649/79.

OPITZ, Oswaldo e Silvia. *Comentários às Novas Leis do Inquilinato*. Ed. Saraiva, 1974.

SABINO Jr. Vicente. *A Locação no Direito Brasileiro*. Ed. Freitas Bastos, 1964.

SILVA PACHECO, José da. *Tratado das Ações de Despejo*.

THEODORO Jr. Humberto. *Locação, Comodato e Mandato*. Ed. Livraria Universo, 1987.