

Direito de retenção nos contratos privados e nos contratos administrativos: aplicabilidade, limites e identidade

Camila Fernandes Lastra

Advogada. Mestranda em Direito pela PUC-SP. Bolsista CAPES. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *E-mail:* cflastra.lastra@gmail.com.

Luciene Dias Barreto Salvaterra Dutra

Advogada. Mestranda em Direito pela PUC-SP. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. *E-mail:* lucienebarretodutra@gmail.com.

Resumo: O presente artigo estabelece como problema responder qual a aplicabilidade e limites para o exercício do direito de retenção no caso de inadimplemento contratual, bem como identificar se há semelhanças em sua aplicabilidade nos contratos privados e nos contratos administrativos. Para tanto, será analisado (i) o instituto do direito de retenção no Direito Privado e (ii) sua aplicabilidade e limites no Direito Público, com o propósito de identificar as semelhanças e diferenças na sua aplicabilidade a depender do regime jurídico aplicável na contratação e, em especial, no que diz respeito aos contratos de concessão na hipótese de não concessão de reajuste tarifário pelo Poder Concedente.

Palavras-chave: Direito de retenção. Contratos Privados. Contratos Administrativos. Contrato de Concessão. Bens reversíveis. Reajuste tarifário.

Sumário: Introdução – **1** O direito de retenção no direito privado – **2** O direito de retenção no direito público – **3** Conclusão

Introdução

O estudo do direito de retenção,¹ como garantia contratual, é tema relevante, tendo em vista que “o *jus retentionis* é um instrumento de suma importância para a consecução do fim almejado pelo Direito, a regulação justa das relações sociais”,²

¹ Também conhecido como *jus retentionis*.

² WAISBERG, Ivo. Direito de retenção por benfeitorias e a posse de má-fé. *Revista de Estudos Jurídicos do STJ*. Brasília, v. 1 n. 1 (2020), p. 267-286. Disponível em <https://rejury.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/issue/view/1>. Acesso em: 27 maio 2024). Parte da doutrina destaca como requisito para o seu exercício

que deve ser analisado de maneira adequada, estabelecendo-se os limites dessa medida de exceção, para lhe dar legitimidade.

Referida relevância, também, se coaduna com a ausência de taxatividade do conceito técnico do direito de retenção no ordenamento brasileiro, assim entendido como disciplina geral quanto ao seu cabimento e requisitos, bem como com a falta de sistematização da legislação existente e, ainda, com a equivocada interpretação de que toda menção disciplinada no Código Civil, a título de retenção, possa ser enquadrada como direito de retenção em sua essência, situação essa que acarreta importante impacto no conceito e aplicabilidade do direito de retenção.

Diante de tal fato e considerando que, a despeito do pactuado entre as partes, é rotineira a existência de situações de inadimplemento nas relações obrigacionais e nas relações de direito real, a presente pesquisa tem por propósito identificar o fundamento do direito de retenção, a sua natureza jurídica, seus requisitos, sua correta aplicabilidade, seus limites e sua aplicabilidade no âmbito do direito privado e no âmbito das contratações públicas, especialmente nos contratos de concessão, quando o devedor ou a parte inadimplente é a própria Administração.

Para tanto, o presente estudo abordará uma breve exploração da origem do direito de retenção, e sua normatização no ordenamento jurídico estrangeiro, além das disposições legais existentes em nosso ordenamento jurídico pertinentes ao instituto e alguns princípios gerais do direito a fim de perquirir uma noção geral do direito de retenção para sua correta interpretação e aplicação, seja no âmbito do direito privado ou do direito público.

Já na abordagem que se pretende para avaliar a aplicabilidade do direito de retenção aos contratos administrativos e, em especial, aos contratos de concessão, será realizada uma análise da Lei Geral de Contratações Públicas (Lei Federal nº 14.133/2021) e da Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995) a fim de identificar a possibilidade de aplicação do direito de retenção nos mencionados contratos, quando a parte devedora, ou inadimplente, é a Administração e eventuais hipóteses de limitação e oponibilidade nestes casos.

A metodologia desta pesquisa tem início com a conceituação do direito de retenção, hipóteses de cabimento e quais são as balizas para o legítimo exercício no direito privado, passando-se, em um segundo momento, a estabelecer as diferenças do direito de retenção nos contratos em que uma das partes é o estado e sua aplicabilidade quando é a Administração a parte inadimplente ou devedora.

a existência de boa-fé, além da equidade (a exemplo: CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Civil Comparado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Versão eletrônica disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5734/1/Dante%20Soares%20Catuzzo%20Junior.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024).

No final, analisa-se o direito de retenção no âmbito no direito público na perspectiva do contrato de concessão, especialmente sob a ótica da reversão e versão dos bens afetados pela prestação do serviço público quando do termo do contrato ou extinção da concessão e não houve a aplicação do reajuste tarifário previsto em contrato.

1 O direito de retenção no direito privado

1.1 Conceito e aplicabilidade

O direito de retenção tem origem na Roma Antiga “como forma de proteger o credor-possuidor, o qual não possuía outros meios para defender seu crédito diante do pleito de restituição formulado pelo verdadeiro titular do bem”.³ Introduzido no Brasil pelo direito português na época das Ordenações, muito embora existam esparsos dispositivos legais expressamente autorizando a retenção,⁴ o ordenamento brasileiro não reservou capítulo no antigo Código Comercial ou nos Códigos Civis de 1916 e 2002 para tratar da matéria,⁵ na contramão da opção legislativa do direito português, que reservou um capítulo para o direito de retenção em seu Código Civil, estabelecendo uma cláusula geral para o direito de retenção em seu artigo 754 e uma cláusula com casos especiais em seu artigo 755.⁶

³ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 22.

⁴ No Código Civil as hipóteses do direito de retenção encontram-se conforme segue: as hipótese de denúncia antes do termo em contrato de locação estão dispostas nos artigos 571 e 578 do Código Civil; já a possibilidade de retenção na hipótese de depósito voluntário estão previstas nos artigos 633 e 644 do Código Civil; por sua vez, o direito de retenção em contratos de transporte de pessoas tem previsão no artigo 742 do Código Civil; o direito de retenção em contratos de mandato está disciplinado no artigo 681 do Código Civil; o direito de retenção ao possuidor de boa-fé possui previsão legal nos artigos 1.219 e 1.220 do Código Civil; e o direito de retenção da coisa empenhada pelo credor pignoratício está disciplinado no artigo 1.433, inciso II, do Código Civil..

⁵ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 17.

⁶ De acordo com o Código Civil português, “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” (artigo 754), além disso, estabelece referido diploma que “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 tiverem sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua actividade; d) O gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta; e) O depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhes 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 o não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º (artigo 755)” (PORTUGAL. *Código Civil*, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0754&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nverso=#artigo. Acesso em: 27 maio 2024).

De igual modo, não há uma teoria geral sobre o direito de retenção,⁷ o que pode contribuir para as divergências quanto à sua natureza jurídica, elementos e pressupostos de existência, e regime jurídico, contudo, como sustenta Diana Tognini Saba,⁸ o ponto de convergência sobre o instituto jurídico é o seu conceito. Todavia, e a despeito da existência de uma teoria geral, não se pode deixar de lembrar da origem do direito de retenção (*jus retentionis*) no direito romano, que lastreou o direito de retenção na equidade da relação estabelecida entre as partes,⁹ e reconheceu o direito da retenção como uma garantia para o crédito demandado como produto da equidade.

Uma análise histórica do direito de retenção permite a afirmação, pela maior parte da doutrina, de que no direito romano, o exercício do direito de retenção exigia a necessidade de existência de quatro requisitos, quais sejam: (i) detenção da coisa (móvel ou imóvel) alheia ou própria de forma justa (não violenta ou clandestina); (ii) crédito daquele que retém a coisa; (iii) relação de conexão;¹⁰ e (iv) inexistência de convenção em contrário pelas partes ou mesmo por lei; bem como de que se trata de um direito de garantia, acessório, indivisível e transmissível, o qual é extinto

⁷ Tampouco no direito romano foi desenvolvida uma teoria geral do direito de retenção. Nesse sentido: CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Civil Comparado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Versão eletrônica disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5734/1/Dante%20Soares%20Catuzzo%20Junior.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024.

⁸ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 17.

⁹ Nota-se que há uma divergência quanto à exigência da boa-fé para o exercício do *jus retentionis* no direito romano, ao passo que parte da doutrina destaca que não estava presente a boa-fé do possuidor, como requisito (a exemplo: WAISBERG, Ivo. Direito de retenção por benfeitorias e a posse de má-fé. *Revista de Estudos Jurídicos do STJ*. Brasília, v. 1, n. 1 (2020), p. 267-286. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/issue/view/1>. Acesso em: 27 maio 2024) e outra parte destaca como requisito para o seu exercício o requisito da boa-fé e equidade (a exemplo: CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Civil Comparado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Versão eletrônica disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5734/1/Dante%20Soares%20Catuzzo%20Junior.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024).

¹⁰ Nota-se que há divergência, na doutrina, quanto à necessidade de conexão entre o crédito daquele que retém a coisa e a coisa retida. Referida conexão pode ser do ponto de vista de despesa ou dano inerente a coisa ou da própria obrigação de restituir. Neste sentido: CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. *Direito de retenção no direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Civil Comparado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Versão eletrônica disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5734/1/Dante%20Soares%20Catuzzo%20Junior.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024. Diana Tognini Saba destaca em sua dissertação que “Cabrye defende, apoiado em textos romanos, que naquela época, a conexão não era condição ao exercício do *jus retentionis*, pois entendia que a equidade constituía o único limite de retenção”, trazendo, as posições de Butera, Montessori, Vivante, Ramponi, Lafargue, Glasson e Heddal, concluindo pela admissão da conexão como elemento de retenção, não apenas justificando de sua extensão em outras figuras, mas para delimitar e justificar a sua incidência (SABA, Diana Tognini. *Direito de Retenção e seus limites*, p. 110-114. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29062016-1013338/publico/Nao_publicar-versao_integral_corrigeida_Diana_Tognini_Saba_mestrado.pdf. Acesso em: 27 maio 2024).

pela perda da posse do bem, pela renúncia do credor ou perecimento da coisa e, também, pela extinção do crédito que deu ensejo a retenção.

A evolução do direito de retenção trouxe outro requisito para a sua aplicabilidade, qual seja: a boa-fé, tanto é que na disposição do Código Civil de 1916 a regra do artigo 516¹¹ estabelecia como premissa o possuidor de boa-fé. O Código Civil de 2002 tem disposição semelhante ao passo que manteve o reconhecimento do direito de retenção ao possuidor de boa-fé, rejeitando sua aplicabilidade ao possuidor de má-fé.¹²

Assim, consiste o direito de retenção, segundo Diana Tognini Saba,¹³ no “direito assegurado ao possuidor, obrigado a restituir o bem, de reter a coisa em garantia, prolongando a sua posse para além do momento em que deveria cessar, até que o devedor, credor do bem, quite integralmente o débito relacionado à coisa em si ou à posse que tenha para com o possuidor”.

Por sua vez, Christopher Alexander Roisin¹⁴ traz ao direito de retenção outros elementos, complementando o acima anotado, para dizer que é uma autorização dada por lei ou pela vontade das partes ao credor para permanecer com a coisa de seu devedor até que o crédito, vinculado a ela, seja satisfeito, sem que isso importe na mora ou inadimplemento do credor.

Nas palavras de Paulo Nader, é “remédio jurídico de garantia”,¹⁵ que visa forçar o cumprimento da obrigação pelo devedor, sem a qual, é provável, que o credor, após a entrega da sua prestação, não veja satisfeito o seu crédito. Anota ainda que o direito de retenção encontra fundamento no princípio da equidade, garantindo que o credor entregue a sua prestação quando receber a contraprestação do devedor.

¹¹ “Art. 516. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, ao de levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis poderá exercer o direito de retenção.”

¹² “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, ao de 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.”

¹³ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 25.

¹⁴ ROISIN, Christopher Alexander. *Direito de retenção: casos no direito privado e regime geral*. Tese de doutorado. São Paulo-SP. USP. 2021, p. 162/163: “O direito de retenção é a permissão conferida por lei ou pela vontade das partes a um credor que, tendo materialmente uma coisa pertencente a seu devedor ou a ele devida pelo implemento de condição resolutiva, ou obtendo materialmente uma coisa de seu devedor ou a ele devida de modo lícito, pode permanecer com ela em seu poder, até que seu crédito, conexo com a coisa, seja solvido, opondo-se licitamente à reivindicação dela pelo proprietário ou quem lhe faça as vezes ou pelo terceiro titular de direito de havê-la ou de reavê-la, sem que isso implique em mora ou inadimplemento de sua parte”.

¹⁵ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2. Obrigações. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986650, p. 411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986650/>. Acesso em: 19 maio 2024.

Gustavo Tepedino¹⁶ também entende a retenção como uma garantia, um mecanismo que protege ou facilita a “satisfação do credor em caso de inadimplemento do devedor”, sendo por ele denominado de garantia contratual em sentido amplo, “onde estariam abrangidas outras figuras, tais como a cláusula penal, a solidariedade passiva, o direito de retenção e a compensação”, fazendo uma diferenciação das garantias reais ou pessoais, acessórias ao contrato.

Essa diferenciação também é trazida por Rodrigo da Guia Silva¹⁷ para dizer que o direito de retenção se identifica mais com uma coerção indireta ao pagamento do que propriamente com uma garantia, “visto que não atribuiu responsabilidade ao patrimônio de um terceiro – como nas garantias fidejussórias – nem vincula específicos bens à satisfação do crédito – como nas garantias reais”.

Trata-se, pois, de um mecanismo de autotutela, subjacente as relações obrigacionais e reais, que exige que a posse anterior à recusa seja legítima e se traduz em uma faculdade disponibilizada à parte credora¹⁸ da relação, que obrigada a entregar o bem, deixa de o fazer, mantendo em seu poder o bem da outra parte, até que a parte devedora¹⁹ satisfaça a sua obrigação, com o propósito de ilidir o exato cumprimento da obrigação. De modo que, uma vez exercido, a posse prorroga-se sob o fundamento do direito de retenção e não em razão do instrumento anterior que legitimou posse até então exercida.

Assim, do conceito trazido de direito de retenção, verificam-se como elementos essenciais à sua configuração, “(i) a ‘detenção’ da coisa; (ii) o crédito e (iii) a conexão entre este e aquela”,²⁰ além da condição legal da nossa legislação que exige que o possuidor esteja de boa-fé.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos N.; BANDEIRA, Paula G. *Fundamentos do Direito Civil*. Vol. III. Contratos. Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994518, p. 117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994518/>. Acesso em: 11 maio 2024: “Em sentido mais restrito, a expressão garantia abrange apenas mecanismos acessórios que visam a assegurar ao credor a satisfação do crédito, capazes de superar os riscos de insolvência ou de falta de cooperação do devedor.1 Nesta linha, seriam exemplos os direitos reais de garantia, como o penhor (CC, art. 1.431 e seguintes) e a hipoteca (CC, art. 1.473 e seguintes), em que o credor ganha preferência e sequela sobre determinado bem, e as garantias pessoais, como a fiança (CC, art. 818 e seguintes) e o aval (CC, art. 897 e seguintes), nas quais o terceiro passa a responder também, com seu patrimônio, para solver a dívida. Por outro lado, o legislador faz uso, por vezes, do termo garantia em sentido mais amplo, abrangendo todos os mecanismos que protegem ou facilitam a satisfação do credor em caso de inadimplemento do devedor. Nesse segundo sentido, estariam abrangidas outras figuras, tais como a cláusula penal, a solidariedade passiva, o direito de retenção e a compensação, que resguardam o credor contra vicissitudes do contrato principal. Somente nesse segundo sentido é que podem ser qualificadas como garantias a proteção contra vícios redibitórios, vícios do produto ou serviço e evicção”.

¹⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 2 n.2, maio/ago. 2019.

¹⁸ Aqui entendida como a parte que possui a posse do bem e possui um crédito em relação ao proprietário do referido bem.

¹⁹ Aqui entendido como a parte que é proprietária do bem e devedora em relação ao possuidor do bem (detentor da posse).

²⁰ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 39.

Para o exercício do direito de retenção, é preciso que alguma coisa corpórea, em regra, que não seja do retentor, seja retida, detida, possuída por ele. Segundo Christopher Alexander Roisin, “não é possível detenção de coisa própria, para fins de direito de retenção”, e, por essa razão, continua, “o devedor que retém o pagamento enquanto não recebe a quitação regular (art. 319, CC) e o vendedor que retém o objeto do contrato até o recebimento do preço (art. 491, CC) não exerce direito de retenção”,²¹ o que distingue o direito de retenção da exceção do contrato não cumprido, questão que será melhor explorada adiante.

Trazendo à memória o conceito inicial estabelecido no que consiste ser o direito de retenção uma garantia de cumprimento da prestação pelo devedor, assim que receber o crédito, o retentor tem a obrigação de restituir a coisa, sendo essa retenção, portanto, temporária.²²

O segundo elemento essencial para o exercício do direito de retenção é a exigibilidade do crédito do retentor, cuja mora daquele que reclama a devolução da coisa há de ser demonstrada.²³

Nesse ponto, sublinha-se que, em observância às circunstâncias da atualidade, há quem defenda a mitigação desse elemento para permitir a retenção da coisa em caso de dívida não vencida ou ilíquida, já que pode existir inadimplemento antes do termo ou premência no exercício do direito de retenção antes de se apurar o *quantum* devido, como entende Rodrigo da Guia Silva.²⁴

Por último, é necessário que haja uma relação entre a coisa retida e o crédito do retentor, nominada de conexão material, divergindo os autores em se esse vínculo também poderia ser jurídico, situação em que o detentor tem a posse da coisa desvinculada das despesas ligadas diretamente a ela.²⁵

A problemática que se apresenta ao admitir o vínculo jurídico para a retenção seria em relação à exceção do contrato não cumprido, em que fica suspensa a exigibilidade da prestação de uma das partes até que a outra cumpra com a prestação que estava obrigada, verificada nos contratos bilaterais sinalagmáticos.

Decerto que há semelhanças entre os institutos jurídicos, conquanto não se confundam. Apesar de ambos serem garantias de autotutela privada, não parece

²¹ ROISIN, Christopher Alexander. *Direito de retenção: casos no direito privado e regime geral*. Tese de doutorado. São Paulo-SP. USP. 2021, p. 167.

²² ROISIN, Christopher Alexander. *Direito de retenção: casos no direito privado e regime geral*. Tese de doutorado. São Paulo-SP. USP. 2021, p. 180: “A retenção, pelo retentor, é sempre temporária, uma vez que ao receber seu crédito, restituirá a coisa. Se seu crédito for extinto por qualquer razão, e.g. compensação, o direito de retenção é extinto igualmente, porque pressupõe a existência de prestação que visa garantir [...]”.

²³ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 2 n.2, maio/ago. 2019.

²⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 2 n.2, maio/ago. 2019.

²⁵ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 32.

correto afirmar que não haveria diferença entre a retenção e a *exceptio non adimpleti contractus*, ou afirmar que aquela seria subespécie desta.²⁶

Rodrigo da Guia Cunha²⁷ não nega a coexistência dos remédios, como nomina, relacionando, inclusive, distinção entre eles, sendo a exceção do contato não cumprido própria dos contratos sinalagmáticos e a retenção própria de contratos não sinalagmáticos ou de vínculos não contratuais, contudo propõe uma revisitação ao tradicional elemento de vínculo material entre o crédito e a coisa na retenção “em prol de uma renovada concepção de conexão entre prestações (direito de crédito do retentor versus direito do titular à entrega da coisa)”, para assim entender que a distinção entre esses remédios é apenas estrutural, incapaz de afastar a identidade funcional desses mecanismos de autotutela, que devem receber “tratamento conjunto sob o manto da disciplina geral dos mecanismos passivos de autotutela no direito civil”.

Como pontua Diana Tognini Saba, o ordenamento jurídico nacional adota a conexão material ou jurídica como elementos do direito de retenção, o que não importa sustentar que, em sendo o vínculo jurídico, o mecanismo da retenção seria indistinto da exceção do contrato não cumprido.²⁸ Nesses casos, a *exceptio* incidiria quando fosse “descumprido um dos deveres principais ou interdependentes do contrato”, enquanto a retenção “incidiria entre obrigações que são originalmente independentes, ou seja, não correspectiva”.²⁹ Ambas as exceções dilatórias, a primeira de uma obrigação contratual e a segunda de obrigação de devolver o bem, podendo se verificar, em alguns casos, hipóteses de incidência dos dois remédios.³⁰

²⁶ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 32.

²⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: estudo a partir da análise funcional dos remédios de autotutela. *Revista eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 2 n.2, maio/ago. 2019. “Tal percepção permitiria, no que tange ao objeto precípua deste estudo, revisitar 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”.

²⁸ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 99.

²⁹ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 93: “Abrantes, elucidando a posição ora adotada, bem dispõe que são sinalagmáticos apenas os deveres recíprocos e interdependentes que nascem com a obrigação, sendo certo que há outros deveres que podem também surgir no bojo da relação contratual, mas que não guardam tal interdependência com o dever principal. É nessa distinção, pois, que assenta a diferenciação entre a exceção de não cumprimento de contratos e direito de retenção. Enquanto aquela incide quando descumprido um dos deveres principais ou interdependentes do contrato, ou seja, aqueles que podem ser identificados como causa e efeitos recíprocos dos deveres assumidos pelas partes; este incidiria entre obrigações que são originalmente independentes, ou seja, não correspectivas”.

³⁰ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 94: “Nesse sentido, Pontes de Miranda reconhece que haverá casos em que se poderá exercer concomitantemente as duas figuras, como forma de garantir tanto a contraprestação sinalagmática quanto um dever acessório surgido por conta da relação contratual, porém isso não quer dizer que as figuras se confundem. Apenas, conforme indicou Ramponi, concorrem em alguns casos as hipóteses de incidência de ambas”.

Outra figura jurídica que se assemelha à retenção é a compensação. Como anota Paulo Nader,³¹ a compensação também visa proteger aquele que “se vê compelido a cumprir uma obrigação, tendo direito à contraprestação”, contudo, muito embora tenham o mesmo pressuposto fático, qual seja, duas pessoas são simultaneamente credoras e devedoras uma da outra,³² as figuras jurídicas não se confundem.

Como elemento essencial da retenção, basta que o crédito seja exigível, enquanto na compensação são necessários ainda os requisitos da liquidez e fungibilidade da dívida.³³ No direito de retenção, a retenção da coisa é temporária, para compelir o devedor ao pagamento, já na compensação, o credor retém a coisa definitivamente, como “meio de pagamento indireto”.³⁴ Na primeira, o que se verifica é uma exceção dilatatória e na segunda um meio liberatório, já que, nesse caso, a obrigação, na parte compensada, é extinta.³⁵

Decerto que pode haver hipótese de incidência das duas figuras jurídicas, ocasião em que operar-se-á a compensação, “pois, esta, como forma de quitação do crédito, é meio mais eficaz e célere para a proteção dos interesses do credor que a mera garantia fornecida pelo direito de retenção”.³⁶

Vale sublinhar que, muito embora não haja consenso na doutrina, nas hipóteses em que não se puder operar a compensação legal ou contratual, a retenção também poderá ser exercida sobre dinheiro, ou seja, quando não estiverem presentes os elementos essenciais para a caracterização da compensação ou quando a lei expressamente excluir a sua possibilidade, mesmo se tratando de dinheiro, operar-se-á a retenção.

Ao arremate, a retenção, a exceção do contrato não cumprido e a compensação são mecanismos de autotutela privada, que visam forçar o cumprimento da contraprestação pelo devedor, antes de o credor prestar a obrigação a que também está obrigado. Muito embora se verifiquem pontos de contato entre elas, são figuras jurídicas distintas, inclusive, nos efeitos produzidos, de modo que, nos casos em que se observar a hipótese de incidência simultânea, há de se aplicar àquela que atende “aos princípios da boa-fé e da função social da posse”.³⁷

³¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2. Obrigações. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986650, p. 411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986650/>. Acesso em: 19 maio 2024.

³² SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 28.

³³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2. Obrigações. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986650, p. 411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986650/>. Acesso em: 19 maio 2024.

³⁴ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 29.

³⁵ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 30.

³⁶ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 30.

³⁷ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 31.

1.2 Dos limites do direito de retenção

Para a teoria clássica, o direito de retenção encontra seu fundamento jurídico na equidade, com origem na Roma antiga para combater a “situação de desigualdade e injustiça a que estavam submetidos os devedores que possuíam créditos conexos à coisa possuída e reivindicada”.³⁸

O rigor das normas daquela época impossibilitava a tutela do legítimo interesse dos credores em receber o crédito conexo a uma coisa de forma eficiente, e, em busca de um tratamento mais igualitário e eficaz, adaptou-se a norma à situação do caso concreto, na busca de equidade na relação. Nas palavras de Silvio Venosa,³⁹ “Equidade é uma forma de manifestação de justiça que tem o condão de atenuar a rudeza de uma regra jurídica”.

Para além disso, considerando a jurisdição, como monopólio estatal incapaz de proteger de forma eficaz determinados direitos tutelados, permitiu-se ao interessado, em determinadas hipóteses e limites, a possibilidade de “por sua conta” salvaguardar direito próprio, o que se denomina autotutela privada.

Muito embora haja vozes dissonantes, a doutrina moderna considera a boa-fé objetiva como o fundamento jurídico para o direito de retenção, o que não importa em um absoluto afastamento da equidade, pelo contrário, a noção de justiça também transpassa a boa-fé objetiva.⁴⁰

O princípio da boa-fé objetiva é corolário do princípio da solidariedade encampado na Constituição Federal,⁴¹ permeia todo o ordenamento jurídico nacional e impõe a sua observância a todos os sujeitos de direito, independentemente de previsão legal ou contratual. Como funcionalidade, a boa-fé objetiva pode criar deveres às partes, “autorizar” a defesa dos sujeitos e adequar a interpretação das normas e das fontes das obrigações aos seus preceitos, o que se denomina de função ativa, reativa e interpretativa respectivamente. Justamente na função reativa da boa-fé objetiva, em que se encontram as exceções e meios de defesa, é que está inserido o direito de retenção, o qual, assim como a *exceptio non adimpleti contractus*, dentre outros, é uma exceção dilatória⁴² e temporária.

Delimitar o fundamento jurídico do direito de retenção, longe de ser um capricho, é necessário para compreender o seu funcionamento e estrutura.⁴³ Abraçando a

³⁸ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 100.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559775750, p. 18. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775750/>. Acesso em: 27 maio 2024.

⁴⁰ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 106.

⁴¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

⁴² SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 105/106.

⁴³ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 117.

boa-fé objetiva, que, como visto, permeia todo o ordenamento jurídico nacional e impõe a sua observância a todos os sujeitos de direito, independentemente de previsão legal ou contratual, torna menos pedregoso compreender os limites para o regular exercício do direito de retenção, pautado nos princípios gerais da equidade e boa-fé objetiva regentes do ordenamento jurídico nacional.

Não se desconhece a existência de defensores, e disposições no ordenamento jurídico estrangeiro, no sentido de limitar a admissibilidade do direito de retenção apenas aos casos previstos em lei, contudo, não se verifica esse limite no ordenamento brasileiro.

O artigo 1.219 do Código Civil brasileiro⁴⁴ estende o direito de retenção a qualquer possuidor de boa-fé, a despeito de previsão legal, sendo suficiente ao exercício da retenção que se verifique o enquadramento dos fatos à norma, reputada como norma geral, sem que isso signifique, portanto, aplicação extensiva da figura jurídica analisada. De igual modo, extrai-se dessa norma que a sua observância está circunscrita aos casos em que se observa a conexão material entre o crédito e a coisa retida.⁴⁵

Por sua vez, nas hipóteses em que se verifica a conexão jurídica ou dano ao detentor com origem na coisa, onde não há a subsunção do fato à norma geral do artigo 1.219 do CC, já que ausente a conexão material, o limite para o exercício da retenção é analisado a partir dos seus elementos essenciais anotados no tópico anterior, que, se presentes, autoriza a aplicação extensiva por analogia de normas do ordenamento jurídico brasileiro que preveem o direito de retenção para outras figuras contratuais.⁴⁶

Esses são os limites para o legítimo exercício do direito de retenção. Fora dessa moldura, a regular garantia dilatória concedida ao retentor se afasta da boa-fé objetiva, descaracterizando a regular retenção. Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, afastou o direito de retenção ao possuidor de má-fé.⁴⁷

⁴⁴ “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.”

⁴⁵ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 118.

⁴⁶ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 118-125.

⁴⁷ Processual civil e administrativo. Ação reivindicatória. Terracap. Ocupação irregular de bem público. Mera detenção. Direito de posse não configurado. Direito à retenção. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta direitos típicos de posseiro. 2. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1.762.597/DF, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 16/11/2018).

ADMINISTRATIVO. JARDIM BOTÂNICO DO RIO DE JANEIRO. BEM PÚBLICO. DECRETO-LEI 9.760/46 PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. BEM TOMBADO. ARTS. 11 E 17 DO DECRETO-LEI 25/1937. OCUPAÇÃO POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RETENÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 100, 102, 1.196, 1.219 E 1.255 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. Fundado em 1808 por Dom João VI, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro é um dos tesouros do patrimônio

natural, histórico, cultural e paisagístico do Brasil, de fama internacional, tendo sido um dos primeiros bens tombados, ainda em 1937, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob o pálio do então recém-promulgado Decreto-Lei 25/1937. 2. Os remanescentes 140 hectares, que atualmente formam o Jardim Botânico, são de propriedade da União, o que, independentemente das extraordinárias qualidades naturais e culturais, já obriga que qualquer utilização, uso ou exploração privada seja sempre de caráter excepcional, por tempo certo e cabalmente motivada no interesse público. 3. Não obstante leis de sentido e conteúdo indubitáveis, que salvaguardam a titularidade dos bens confiados ao controle e gestão do Estado, a história fundiária do Brasil, tanto no campo como na cidade, está, infelizmente até os dias atuais, baseada na indevida apropriação privada dos espaços públicos, com frequência às claras e, mais grave, até com estímulo censurável, tanto por ação como por leniência, de servidores públicos, precisamente aqueles que deveriam zelar, de maneira intransigente, pela integridade e longevidade do patrimônio nacional. 4. Além de rasgar a Constituição e humilhar o Estado de Direito, substituindo-o, com emprego de força ou manobras jurídicas, pela ‘lei da selva’, a privatização ilegal de espaços públicos, notadamente de bens tombados ou especialmente protegidos, dilapida o patrimônio da sociedade e compromete o seu gozo pelas gerações futuras. 5. Consoante o Código Civil (de 2002), ‘Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião’ (art. 102) e os ‘de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação’ (é o caso do Jardim Botânico), nos termos do art. 100. Mais incisiva ainda a legislação do patrimônio histórico e artístico nacional, quando dispõe que ‘As coisas tombadas, que pertençam à União, aos Estados ou aos Municípios, inalienáveis por natureza, só poderão ser transferidas de uma à outra das referidas entidades’ (art. 11, do Decreto-Lei 25/1937, grifo acrescentado). 6. A ocupação, a exploração e o uso de bem público – sobretudo os de interesse ambiental-cultural e, com maior razão, aqueles tombados – só se admitem se contarem com expresso, inequívoco, válido e atual assentimento do Poder Público, exigência inafastável tanto pelo Administrador como pelo Juiz, a qual se mantém incólume, independentemente da ancianidade, finalidade (residencial, comercial ou agrícola) ou grau de interferência nos atributos que justificam sua proteção. 7. Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo. 8. No que tange ao Jardim Botânico do Rio, nova ou velha a ocupação, a realidade é uma só: o bem é público, tombado, e qualquer uso, construção ou exploração nos seus domínios demanda rigoroso procedimento administrativo, o que não foi, *in casu*, observado. 9. Na falta de autorização expressa, inequívoca, válida e atual do titular do domínio, a ocupação de área pública é mera detenção ilícita (‘grilagem’, na expressão popular), que não gera – nem pode gerar, a menos que se queira, contrariando a *mens legis*, estimular tais atos condenáveis – direitos, entre eles o de retenção, garantidos somente ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil. Precedentes do STJ. 10. Os imóveis pertencentes à União Federal são regidos pelo Decreto-Lei 9.760/46, que em seu art. 71 dispõe que, na falta de assentimento (expresso, inequívoco, válido e atual) da autoridade legitimamente incumbida na sua guarda e zelo, o ocupante poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil de 1916. 11. A apropriação, ao arripio da lei, de terras e imóveis públicos (mais ainda de bem tombado desde 1937), além de acarretar o dever de imediata desocupação da área, dá ensejo à aplicação das sanções administrativas e penais previstas na legislação, bem como à obrigação de reparar eventuais danos causados. 12. Aplica-se às benfeitorias e acessões em área ou imóvel público a lei especial que rege a matéria, e não o Código Civil, daí caber indenização tão-só se houver prévia notificação do proprietário (art. 90 do Decreto-Lei 9.760/46). 13. Simples detenção precária não dá ensejo a indenização por acessões e benfeitorias, nem mesmo as ditas necessárias, definidas como ‘as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore’ (Código Civil, art. 96, §3º). Situação difícil de imaginar em construções que deverão ser demolidas, por imprestabilidade ou incompatibilidade com as finalidades do Jardim Botânico (visitação pública e conservação da flora), a antítese do fim de ‘conservar o bem ou evitar que se deteriore’. 14. Para fazer jus a indenização por acessões e benfeitorias, ao administrado incumbe o ônus de provar: a) a regularidade e a boa-fé da ocupação, exploração ou uso do bem, lastreadas em assentimento expresso, inequívoco, válido e atual; b) o caráter necessário das benfeitorias e das acessões; c) a notificação, escoreita na forma e no conteúdo, do órgão acerca da realização dessas acessões e benfeitorias. 15. Eventual indenização, em nome das acessões e benfeitorias que o ocupante ilegal tenha realizado, deve ser buscada após a desocupação do imóvel, momento e instância em que o Poder Público também terá a oportunidade, a preço de mercado, de cobrar-lhe pelo período em que, irregularmente, ocupou ou explorou o imóvel e por despesas de demolição, assim como pelos danos que tenha causado

A garantia da retenção somente se reveste de licitude enquanto exercida para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação, sendo assim, a retenção indefinida do bem “sem qualquer destinação social ou econômica pelo retentor configura um abuso de direito”,⁴⁸ como dispõe o artigo 187 do Código Civil.⁴⁹

De igual modo, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, anotado nos artigos 884 a 886 do Código Civil,⁵⁰ que consiste no aumento patrimonial de uma parte às custas do empobrecimento de outrem sem amparo jurídico, ao mesmo tempo que é justificativa para o exercício da retenção também o é para impedir

ao próprio bem, à coletividade e a outros valores legalmente protegidos. 16. Inexiste boa-fé contra expressa determinação legal. Ao revés, entende-se agir de má-fé o particular que, sem título expresso, inequívoco, válido e atual ocupa imóvel público, mesmo depois de notificação para abandoná-lo, situação típica de esbulho permanente, em que cabível a imediata reintegração judicial. 17. Na ocupação, uso ou exploração de bem público, a boa-fé é impresumível, requisitando prova cabal a cargo de quem a alega. Incompatível com a boa-fé agir com o reiterado ânimo de se furtar e até de burlar a letra e o espírito da lei, com sucessivas reformas e ampliações de construção em imóvel público, por isso mesmo feitas à sua conta e risco. 18. Na gestão e controle dos bens públicos impera o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer que eventual inércia ou conivência do servidor público de plantão (inclusive com o recebimento de “aluguel”) não tem o condão de, pela porta dos fundos da omissão e do consentimento tácito, autorizar aquilo que, pela porta da frente, seria ilegal, caracterizando, em vez disso, ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), que como tal deve ser tratado e reprimido. 19. A grave crise habitacional que continua a afetar o Brasil não será resolvida, nem seria inteligente que se resolvesse, com o aniquilamento do patrimônio histórico-cultural nacional. Ricos e pobres, cultos e analfabetos, somos todos sócios na titularidade do que sobrou de tangível e intangível da nossa arte e história como Nação. Daí que mutilá-lo ou destruí-lo a pretexto de dar casa e abrigo a uns poucos corresponde a deixar milhões de outros sem teto e, ao mesmo tempo, sem a memória e a herança do passado para narrar e passar a seus descendentes. 20. Recurso Especial não provido. (STJ, Resp 808.708/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 04/05/2011). RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). IMÓVEL FINANCIADO PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – SFH. ADJUDICAÇÃO PELO CREDOR HIPOTECÁRIO. ALIENAÇÃO A TERCEIRO. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RETENÇÃO POR BENEFICÍARIAS. DESCABIMENTO. 1. Controvérsia acerca do direito de retenção por benfeitorias em imóvel sujeito a garantia hipotecária no Sistema Financeiro da Habitação – SFH. 2. Descabimento do chamado prequestionamento numérico, não configurando negativa de prestação jurisdicional a ausência de menção a um dispositivo legal específico, bastando o enfrentamento da questão jurídica pelo Tribunal ‘a quo’. 3. ‘A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel’ (art. 1.474 do Código Civil de 2002). 4. Sujeição das benfeitorias à garantia hipotecária, independentemente da transcrição destas na matrícula do imóvel. 5. Exclusão do direito de retenção por benfeitorias na execução hipotecária do Sistema Financeiro da Habitação – SFH (cf. art. 32, §2º, do Decreto-Lei n. 70/66). 6. Inaplicabilidade do direito de retenção por benfeitorias ao possuidor de má-fé (cf. art. 1.220 do CC/2002). 7. Transmutação da natureza da posse de boa-fé para de má-fé após o início da execução hipotecária. Julgado específico desta Turma. 8. Inaplicabilidade do direito de retenção na espécie, seja por benfeitorias anteriores, seja por posteriores à adjudicação. 9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ, Resp 1.399.143/MS rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 13/06/2016).

⁴⁸ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 216.

⁴⁹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁵⁰ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

“Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”

o uso do bem retido pelo retentor, vedação que pode ser flexibilizada, somente quando autorizado, pelo devedor ou Juiz, o uso remunerado do bem pelo retentor, para abater o débito do devedor,⁵¹ entendimento que ecoa em julgados do Superior Tribunal de Justiça que, na esteira do quanto exposto, considerou abusivo o uso do bem pelo retentor, ao qual foi imputado o dever de indenizar o devedor dos prejuízos como se aluguel fosse.⁵²

Conclui-se, pois, que, verificados os elementos essenciais para a sua constituição, aplica-se extensivamente o direito de retenção, para além daqueles casos tipificados em lei, desde que – e enquanto – seja observado o princípio da boa-fé objetiva, sendo vedado o abuso do direito e o enriquecimento sem causa.

2 Do direito de retenção no direito público

Preliminarmente, do até aqui exposto, resta notório que o primeiro requisito essencial da existência do direito de retenção é a necessidade de detenção da coisa, como objeto material do direito da coisa, coisa em sentido estrito, dotado de corporeidade (bens passíveis de apreensão material).⁵³ Detenção essa traduzida como posse da coisa, identificada como *corpus* com um ou mais poderes inerentes à propriedade (*animus – affectio tendendi*).⁵⁴

Já o segundo requisito, também conhecido como *a justa causa retentionis*, é a existência de um direito a crédito, o qual é o objeto de tutela por intermédio do direito à retenção, devendo este ser certo, no que se refere a sua existência⁵⁵ e exigível, não sendo necessário saber o *quantum debeatur* para o seu exercício, até em razão da função primordial do direito de retenção ser a de garantia.

⁵¹ SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 218-219.

⁵² Direito civil. Direito de propriedade. Posse de boa-fé. Direito de retenção que se tornar irregular com o uso da coisa. Dever do retentor de indenizar o proprietário como se aluguel houvesse. - O direito de retenção assegurado ao possuidor de boa-fé não é absoluto. Pode ele ser limitado pelos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, de forma que a retenção não se estenda por prazo indeterminado e interminável. - O possuidor de boa-fé tem o direito de detenção sobre a coisa, não sendo obrigado a devolvê-la até que seu crédito seja satisfeito, mas não pode se utilizar dela ou perceber seus frutos. Reter uma coisa, não equivale a servir-se dela. O uso da coisa retida constitui abuso, gerando o dever de indenizar os prejuízos como se aluguel houvesse. - Afigura-se justo que o proprietário deva pagar pelas acessões introduzidas, de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os possuidores sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado, a título de aluguel, pelo uso do imóvel. Os créditos recíprocos haverão de ser compensados de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os retentores tenham da propriedade alheia. Recurso Especial provido. (STJ, Resp 613.387/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10/12/2008).

⁵³ SABA, Diana Tognini. *Direito de Retenção e seus limites*, p. 56-57. Dissertação de Mestrado. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29062016-101338/publico/Nao_publicar_versao_integral_corrigida_Diana_Tognini_Saba_mestrado.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

⁵⁴ SABA, Diana Tognini. *Direito de Retenção e seus limites*, p. 81-89. Dissertação de Mestrado. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29062016-101338/publico/Nao_publicar_versao_integral_corrigida_Diana_Tognini_Saba_mestrado.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

⁵⁵ No sentido de ser ou que possa ser provado (STJ, REsp 816.585/RJ, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 05/10/2006).

E o terceiro requisito, a conexidade entre o crédito e a coisa, entendida como conexidade material (*debitum cum re junctum*)⁵⁶ e conexidade jurídica (liame contratual ou quase contratual).⁵⁷

Pois bem, uma vez lembrado os principais requisitos para o exercício do direito de retenção, diante, inclusive, do propósito da presente pesquisa (perquirir sobre a aplicabilidade do direito de retenção nos contratos administrativos quando a parte devedora é a Administração), passamos para a análise das legislações aplicáveis às contratações celebradas pela Administração Pública.

A primeira delas é a Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), a qual, em seu artigo 68, dispõe que aos contratos celebrados por empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias aplicam-se as regras de direito privado, o que, por si só, afasta qualquer necessidade de abordagem no presente tópico, já que as regras pertinentes às contratações celebradas por essas entidades submetem-se aos mesmos regramentos já explorados nos tópicos anteriores sem qualquer ressalva ou discussões distintas daquelas já mapeadas. Situação essa que se difere daquelas disciplinadas pela Lei das Contratações Públicas (Lei Federal nº 14.133/2021) e pela Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995).

Cumprе ressaltar que a Lei das Contratações Públicas (Lei Federal nº 14.133/2021) rege toda a contratação celebrada pela Administração Pública, a exceção dos contratos de concessão e de parceria público-privada, regidas, respectivamente, pela Lei Federal nº 8.987/1995 e pela Lei Federal nº 11.079/2004, porém de aplicação subsidiária nessas duas últimas hipóteses.⁵⁸

A referida Lei das Contratações Públicas estabelece como regra geral que as contratações submetidas ao seu regramento legal regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aos quais serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (artigo 89).

Nesse diapasão, e considerando o direito peculiar que rege os contratos administrativos, segundo grande parte da doutrina, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o privado, combinado com as chamadas cláusulas exorbitantes, as quais afastariam a aplicabilidade de regras do direito civil nas relações travadas com particulares pela Administração Pública, indaga-se: estaria o particular impedido de exercer o direito de retenção nas relações com a Administração quando essa se torna inadimplente, a despeito da disposição do artigo 89 da Lei Federal nº 14.133/2021?

⁵⁶ Seria aquele decorrente da própria coisa retida ou decorrente do liame material com a coisa, originárias da conexão entre o crédito e a coisa detida.

⁵⁷ A exemplo da conexão material tem-se as hipóteses previstas nos artigos 578, 1.219 e 1.413, inciso II, do Código Civil.

⁵⁸ Nos termos da regra do artigo 186 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Antes de enfrentar tal indagação, cabe abordar duas disposições legais da Lei Federal nº 14.133/2021, quais sejam: (i) a disposição do artigo 139, inciso IV, que assegura o direito de retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas; e (ii) a disposição do artigo 104, inciso V, que assegura a prerrogativa da Administração ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis.

A disposição prevista no artigo 139, inciso IV, apesar de se tratar de hipótese de inadimplemento pelo particular, situação essa não delimitada no escopo da presente pesquisa, entende-se pertinente destacar que, embora a regra do citado artigo utilize o termo retenção, referido termo não se trata do direito de retenção em sentido estrito, pois consagra solução de caráter definitivo e, portanto, não condizente com a transitoriedade característica do direito de retenção, tratando-se, pois, de evidente remédio retentório à Administração com solução definitiva em benefício da Administração mediante a retenção dos valores em seu poder até o reembolso dos prejuízos devidos, como espécie de compensação, pelo particular.

Por sua vez, a regra do artigo 104, inciso V, engloba situação em que o particular está inadimplente, hipótese essa também alheia ao propósito do presente estudo. De toda forma, cabe ressaltar que não se enquadra no conceito de direito de retenção estrito senso, haja vista que inexistente um dos requisitos necessários ao seu exercício, qual seja: necessidade de detenção da coisa. Na hipótese, a Administração Pública não possui a detenção da coisa, mas sim utiliza-se de outro instrumento legal para tomar a posse da coisa provisoriamente, por intermédio da intervenção quando (i) há risco à prestação de serviços essenciais e quando (ii) há necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Pois bem, voltando ao assunto pertinente à presente pesquisa, no que diz respeito aos contratos administrativos, a fim de identificar a aplicabilidade do direito de retenção aos contratos administrativos, quando a Administração Pública ocupa a posição de inadimplente e, assim, responder a indagação posta, importante salientar que, pelo teor da Lei Federal nº 14.133/2021, não há vedação expressa ao exercício do direito de retenção pelo particular, muito menos restrição de hipóteses de seu cabimento, como ocorre nos casos de exceção do contrato não cumprido,⁵⁹ bastando para o seu exercício a existência dos requisitos autorizadores ao cabimento do direito de retenção, quais sejam: (i) a detenção da coisa pelo particular; (ii) o crédito em favor do particular; e (iii) a conexão entre o crédito e a coisa.

Quanto ao possível argumento de que a supremacia do interesse público sobre o privado, combinado com as chamadas cláusulas exorbitantes, vedaria

⁵⁹ Vide teor do parágrafo 3º do seu artigo 137.

a possibilidade do exercício do direito de retenção pelo particular no âmbito de um contrato administrativo, ao passo que os contratos administrativos seriam incompatíveis com o regime contratual comum, importante chamar a atenção para os seguintes aspectos:

1. as prerrogativas da Administração Pública estão positivamente elencadas na disposição do artigo 104,⁶⁰ dentre as quais não se encontra qualquer limitação ou mesmo a impossibilidade de utilização do direito de retenção pela parte contratada;
2. a supremacia do interesse público sobre o privado e as chamadas cláusulas exorbitantes não são pressupostos ilimitados de exercício de direito pela Administração Pública, ao contrário, devem ser interpretadas e aplicadas nos limites das leis e das cláusulas contratuais;⁶¹
3. as partes contratantes se vinculam aos termos legais e contratuais pactuados, de modo que “o contrato é um compromisso crível, uma promessa executável, ou nas palavras do Direito, *pacta sunt servanda*”,⁶² não por outra razão o artigo 115 da Lei Geral de Contratação estabelece que “O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei”;
4. a vedação ao enriquecimento sem causa, assegurada pela regra do artigo 37, §6º da Constituição Federal, combinada com o princípio da moralidade administrativa e com o princípio da razoabilidade, garante o equilíbrio

⁶⁰ “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III – fiscalizar sua execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 259.

⁶² LONGO FILHO, Fernando José. A indenização dos bens reversíveis na hipótese de advento do termo do contrato de concessão de serviço público e a Análise Econômica do Direito. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 20, p.80, set. 2021/fev. 2022.

econômico-financeiro do contrato em favor do particular, seja no âmbito Constitucional,⁶³ seja no âmbito da própria Lei Geral de Contratação.⁶⁴

Nesse contexto, entende-se plenamente possível, no âmbito das contratações realizadas sob a égide da Lei Geral de Contratação, assegurar o exercício do direito de retenção ao contratado, na hipótese de inadimplemento pela Administração contratante, e desde que presente os três requisitos necessários à aplicabilidade do referido instrumento, além da existência da boa-fé pelo particular.

No que diz respeito aos contratos celebrados sob o regime da Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei Geral das Parcerias Público-Privada), mesma conclusão se faz possível, tendo em vista a inexistência de vedação expressa ao exercício do direito de retenção pelo parceiro privado e, também, pela aplicabilidade subsidiária das disposições da Lei Federal nº 8.987/1995 e da Lei Federal nº 14.133/2021, as quais não vedam o direito de retenção e permitem a aplicação dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

⁶³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

⁶⁴ “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

[...]

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

“Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.”

“Art. 129. Nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.”

“Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

“Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.”

Todavia, pondera-se que em razão da previsão legal do artigo 8º⁶⁵ da Lei Federal nº 11.079/2004, é possível que o exercício do direito de retenção seja substituído pela execução da garantia contraída pela Administração Pública a fim de assegurar o inadimplemento de obrigações pecuniárias, ficando tal escolha, uma vez presente os requisitos necessários ao exercício do direito de retenção, sob a discricionariedade do contratado.

Nota-se, ainda, que a disposição existente na Lei Geral das Parcerias Público-Privadas sobre retenção (artigo 5º, inciso X⁶⁶), não se refere ao direito de retenção estrito senso, pois, como ocorre em relação ao artigo 139, inciso IV, da Lei Federal nº 14.133/2021, consagra solução de caráter definitivo, não compatível com a temporariedade exigida para o direito de retenção.

No que se refere às contratações realizações sob a égide da Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995), a única disposição expressa relacionada de retenção foi em relação à hipótese de vedação de retenção de saldo após o adimplemento contratual nos contratos de cessão de crédito (artigo 28-A, inciso VIII), que, como nas hipóteses dos artigos 139, inciso IV, da Lei Federal nº 14.133/2021 e 5º, inciso X, da Lei Federal nº 11.079/2004, não se trata do direito de retenção estrito senso ante o fato que o objeto da vedação é a retenção de recursos excedentes da concessionária sem a existência de inadimplemento desta, ou seja, na hipótese inexistiria o crédito, um dos requisitos necessários para o exercício do direito de retenção.

No mais, as demais disposições da Lei Geral de Concessões também permitem a conclusão no sentido de que inexistente vedação ao exercício do direito de retenção pelo concessionário, todavia, diante do instituto da reversão dos bens, bem como de reiteradas situações de desequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão, entende-se pertinente explorar o direito de retenção no âmbito dos

⁶⁵ “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

⁶⁶ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.”

contratos de concessão em tópico específico sob o enfoque dos bens reversíveis e o inadimplemento da Administração no que se refere ao reajuste tarifário.

2.1 O direito de retenção nos contratos de concessão na hipótese de não concessão do reajuste tarifário

Como abordado no tópico anterior, não há vedação expressa ao exercício do direito de retenção pelo particular (concessionária) no âmbito da Lei Geral das Concessões, muito menos restrição de hipóteses de seu cabimento. Entretanto, em razão da prática relacionada a reiterados descumprimentos contratuais pelo Poder Concedente, em especial no que diz respeito aos reajustes tarifários, indaga-se se é possível a concessionária, com o advento do termo contratual, exercer o direito de retenção sobre os bens afetados na prestação do serviço público concedido, como instrumento de coerção à satisfação de seu crédito.

É diante da referida indagação que se delimitará o presente tópico e, para responder esta indagação, faz-se pertinente algumas considerações preliminares.

A primeira delas está relacionada à disposição da parte final do inciso III, do artigo 2º da Lei Federal nº 8.987/1995, que estabelece que o “*investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço* ou da obra por prazo determinado”, ou seja, “o concessionário tem de ser remunerado ‘mediante exploração do serviço’ (art. 2º, II, da Lei Nacional de Concessões) e não ser pago por soluções extracontratuais, como seria a posterior reparação financeira do ilícito”.⁶⁷

A segunda decorre da disposição do artigo 29, inciso VI, da Lei Nacional de Concessões, que *determina que a Administração cumpra com as cláusulas contratuais do contrato de concessão*, bem como do próprio princípio *pacta sunt servanda*, a despeito de sua relativização conferida pelo ordenamento jurídico⁶⁸ e jurisprudência,⁶⁹ de modo a afirmar que não há embasamento legal para o inadimplemento contratual pela Administração, especialmente, no que diz respeito aos créditos inerentes à prestação do serviço público.⁷⁰ Neste sentido, e como bem pontuado por Carlos Ari

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 253.

⁶⁸ Nos termos da disposição do artigo 104 da Lei Nacional de Concessões.

⁶⁹ STJ, AgInt no Resp 2137625/MS, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 02/05/2023; STJ, AgInt no AREsp 2020417 / SC, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 29/06/2022; STJ, Ag em Resp 1018756/PE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 19/12/2016; STJ, AgRg no Resp 1018282/MS rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 24.11.2008 e STJ, AgRg no Ag 1426031/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 07.08.2012.

⁷⁰ Tanto é que a própria Lei Nacional de Concessão assegura, em diversas disposições, a necessidade de assegurar ao concessionário a remuneração inerente ao serviço público, ao passo que este tipo de contratação envolve investimentos privados de grande vulto e uma relação contratual de longo período,

Sundfeld: “nenhuma das partes tem o direito de descumprir o contrato, deixando de honrar as prestações a que se obrigou, na forma como se obrigou. A partes têm o direito recíproco ao normal contratual”.⁷¹

A terceira consideração que se faz pertinente, relacionada, inclusive, à disposição do artigo 29, inciso VI, da Lei Nacional de Concessões, é a de que a *prestação pactuada deve ser cumprida de acordo com o estabelecido em contrato*, não podendo uma das partes modificá-la ao seu bel-prazer, seja em relação ao momento de seu cumprimento, seja em relação à sua eventual substituição (por exemplo, pelo pagamento de indenização). Tal ressalva é ainda mais destacada se a obrigação diz respeito àquela prevista no artigo 29, inciso V, da Lei Nacional de Concessões, que determina que incumbe ao Poder Concedente “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato”.

Por sua vez, a quarta consideração refere-se à necessidade de *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, especialmente nas hipóteses de não atendimento das condições contratuais (artigo 10 da Lei Nacional de Concessão).⁷²

No que se refere à quinta consideração, esta está relacionada à necessidade de destacar as situações de retorno de bens ao poder concedente disciplinadas na Lei Geral de Concessões, quais sejam: (i) advento do termo contratual (artigos 35, §§1º, 3º e 4º e 36); (ii) encampação (artigo 37); e (iii) caducidade (artigo 38, §§4º e 5º).

As hipóteses de encampação e caducidade não serão abordadas na presente pesquisa, pois na encampação há um requisito de pagamento prévio, o que não permitiria o exercício do direito de retenção pela concessionária, ao passo que inexistiria crédito em favor da concessionária;⁷³ e na caducidade, a sua origem decorre de um inadimplemento contratual da concessionária, situação essa que afastaria,

na busca de preservar o interesse privado em investir recursos financeiros em projetos que atentam ao interesse público, como nos casos dos objetos cedidos à iniciativa privada por meio de concessão.

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 252.

⁷² Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma que: “A concessão é contrato de exploração econômica. A Lei Nacional de Concessões foi explícita quanto a isso: o investimento do concessionário deve ser “remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra” (Lei 8.987, de 1995, art. 2º, III). Ela transfere ao concessionário a exploração de empreendimentos públicos, dentro de certas condições fixadas pelo pacto entre as partes (o *normal contratual*). Compõem parcela essencial dessas condições os tipos, as características e a duração das prestações que o concessionário receberá (as tarifas e outras prestações pecuniárias). O *padrão contratual de normalidade*, a que as partes tem direito, somente é alcançado e mantido com a completa execução, por ambas, desse conjunto de prestações, na forma como convencionadas” (SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 252).

⁷³ É óbvio que existe a possibilidade de exceções à regra, como ocorrido no caso da Linha Amarela.

em teoria,⁷⁴ a existência de um crédito em favor da concessionária e, que, também, esbarra em outros princípios e obrigações inerentes a concessão, como a violação da continuidade do serviço público e a prestação inadequada ou deficiente do serviço pela concessionária, que, se enfrentados no presente artigo, ocasionaria um parênteses demasiado. Assim, a fim de responder a indagação posta, a premissa que se utilizará é a de hipótese do advento do termo contratual da concessão.

Nesse contexto, a leitura que se deve ter do teor do artigo 36 da Lei Geral de Concessões é a seguinte:

a reversão, ao poder concedente, de todos os bens reversíveis, direito e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto em edital e estabelecido em contrato, far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciado, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.⁷⁵

Pois bem, diante deste cenário, volta-se à indagação posta: é possível a concessionária, com o advento do termo contratual, exercer o direito de retenção sobre os bens afetados na prestação do serviço público concedido, como instrumento de coerção à satisfação de seu crédito?

Partindo da existência dos pressupostos de legalidade ao exercício do direito de retenção,⁷⁶ combinada com a inexistência de vedação ao exercício do direito de retenção na Lei Geral de Concessões, é possível afirmar que sim; a concessionária, com o advento do termo contratual, pode exercer o direito de retenção sobre os bens afetados na prestação do serviço público concedido, utilizando-se do instrumento como coerção à satisfação de seu crédito.

Tal afirmativa lastreia-se não só no argumento suscitado por Eros Grau, no sentido de que somente com o pagamento da indenização (crédito) à concessionária pelo Poder Concedente é que o contrato de concessão pode ser encerrado, apesar da ocorrência do seu termo contratual,⁷⁷ mas também pelas próprias disposições

⁷⁴ Diga-se em teoria diante da possibilidade de, mesmo diante do inadimplemento contratual pelo concessionário, existir crédito em favor do concessionário, apesar das disposições pertinentes ao instituto de caducidade.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 33-46, set./dez. 2012.

⁷⁶ Os requisitos são: (i) a “detenção” da coisa; (ii) o crédito; (iii) a conexão entre a coisa e o crédito e (iv) a boa-fé do credor.

⁷⁷ Até o momento em que essa indenização for consumada, o contrato, embora extinta a concessão, estará a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento. [...] o encerramento do contrato de concessão consumir-se apenas mediante e com a solução dos desequilíbrios econômico-financeiros (GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 33-46, set./dez. 2012).

da Lei Geral de Concessões que asseguram a inexistência de discricionariedade do Poder Concedente em descumprir as condições contratuais e legais (lembrando-se que a supremacia do interesse público ou mesmo as cláusulas exorbitantes encontram limites na própria legislação e nas cláusulas contratuais),⁷⁸ além do fato de que, como disciplinado no artigo 29, inciso VI, da Lei Geral de Concessões, a remuneração e amortização dos investimento da concessionária deve se dar mediante a exploração do serviço.

No mais, é por intermédio da tarifa que a concessionária é remunerada pelo investimento financeiro alocado ao projeto da concessão, que, em geral, são cobradas diretamente dos usuários. É certo que:

a definição das tarifas deriva igualmente das informações econômicas que são próprias a cada um dos contratos de concessão (obra e serviço a serem executados, volume de investimentos, prazo, perfil de usuários, liquidez do mercado, nível de risco e respectiva matriz, critérios de amortização etc.). Ela é o arranjo de valores representativos dos componentes de todo o processo de concreção da prestação do serviço público (Cadeia de produção e estrutura).⁷⁹

E pelo fato de a concessão ser um contrato de longo prazo, há a necessidade de prever instrumento que busque a manutenção do valor real da tarifa inicialmente estipulada ao longo de toda a consecução do objeto contratual. Há dois instrumentos legalmente previstos no âmbito da Lei Geral de Concessões: o reajuste (que tem de pôr fim a recomposição inflacionária) e a revisão (que tem por intuito corrigir, emendar ou aperfeiçoar a tarifa praticada).⁸⁰ A este respeito, assim destacou Egon:

É de todo adequado que o regime estatutário preveja e o contrato de concessão dê concreção a mecanismos de reajuste e de revisão a serem periodicamente implementados pelo concedente (ou agência reguladora). Projetos duradouros como os da concessões exigem essa cautela a fim de que, como passar do tempo, as tarifas se descolem da realidade.

[...]

⁷⁸ As cláusulas contratuais reproduzem o conteúdo de preceitos estabelecidos em lei, instituindo deveres às partes contratantes. Os mandamentos legais de aplicabilidade injuntiva são não negociáveis e, portanto, experimentam limites firmes tanto quanto à mutabilidade como à arbitrabilidade (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de serviço público*: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 51).

⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de serviço público*: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 315.

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de serviço público*: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 339.

O reajuste diz respeito a alterações ditas nominais, que visam a preservar o valor real da tarifa em vista do fenômeno inflacionário (ou deflacionário).

[...]

A não aplicação do reajuste significa que os usuários pagarão valor real menor do que o pactuado no contrato, em detrimento do projeto concessionário em si mesmo.⁸¹

Nesse sentido, tendo o Poder Concedente violado disposição contratual e não aplicado o reajuste devido, desequilibrando econômica e financeiramente o contrato de concessão, quando do seu advento contratual, pode a concessionária exercer seu direito de retenção sob os bens que seriam objeto de reversão e, também, versão, ao Poder Concedente, como instrumento de coerção ao pagamento de seu crédito.

Em contrapartida, é possível defender que o Poder Concedente não pode, sob o pretexto do advento do termo contratual, afastar a concessionária da exploração do serviço e, assim, evitar que esta última possa viabilizar, mediante a exploração do serviço, o recebimento de seu crédito remanescente *in natura*, sob pena de enriquecimento ilícito.⁸²

Nessa hipótese, a ressalva relacionada ao impedimento do uso do bem objeto de retenção, que busca evitar o enriquecimento sem causa com o aumento patrimonial de uma parte às custas do empobrecimento da outra, é suscetível ao afastamento ante a justificativa de que o crédito inadimplido pelo Poder Concedente deve ser adimplido *in natura*, ou seja, mediante a exploração do serviço pela concessionária, o que viabilizaria a prorrogação ou, mesmo a renovação da concessão para a satisfação da dívida.⁸³

Destaca-se que, na hipótese supramencionada, uma vez satisfeito o crédito, deve a concessionária liberar o bem para reversão e/ou versão em favor da Administração Pública. Sendo certo que, uma vez adimplida a obrigação pela Administração Pública, antes da satisfação do crédito pela concessionária por

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de serviço público: concessões, parcerias, permissões e autorizações*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 335 e 337.

⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 260.

⁸³ Na linha, inclusive, do defendido por Eros Grau e por Carlos Ari Sunfeld nos artigos: GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 33-46, set./dez. 2012 e SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, respectivamente.

intermédio do direito de retenção, combinada pela continuidade na prestação do serviço, a liberação dos bens deverá ser realizada.

3 Conclusão

Do todo exposto, é possível afirmar que o instituto do direito de retenção no Direito Privado é um instrumento que busca uma equidade na relação entre as partes, com origem no direito romano, sendo reconhecido como um instrumento de coerção e de autotutela com o propósito de garantir o adimplemento do crédito. Trata-se de um instituto que não possui uma teoria geral no ordenamento brasileiro e que, por essa razão, o operador do direito deve volver à sua origem, conceito, aplicabilidade e limites, para uma correta aplicação do instituto.

Constatou-se que o direito de retenção, para sua correta aplicabilidade, exige a existência dos seguintes requisitos: (i) detenção da coisa; (ii) existência de crédito; (iii) conexão entre a coisa e o crédito; e (iv) boa-fé do possuidor da coisa. Uma vez exercido, a posse sobre a coisa prorroga-se não pelo vínculo anterior, mas sim pelo próprio exercício do direito de retenção. Sendo que, uma vez adimplindo o crédito, deve o antigo credor restituir a coisa ao antigo devedor. Ou seja, trata-se de uma retenção da coisa temporária.

A aplicabilidade do direito de retenção encontra limite na boa-fé objetiva, não existindo, no ordenamento brasileiro, restrição ao seu exercício somente a determinadas hipóteses legais, afastando-se, assim, a retenção indefinida do bem e o enriquecimento ilícito decorrente do exercício da retenção com o uso do bem retido pelo retentor.

No que diz respeito à aplicabilidade e limites do direito de retenção no Direito Público, constatou-se que não existe diferenças em relação à sua aplicabilidade em relação ao Direito Privado. A aplicabilidade do direito de retenção nos contratos celebrados pelas estatais, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, verifica-se a sua possibilidade pela disposição do próprio artigo 68 da Lei Federal nº 13.303/2016, o qual assegura a aplicação das regras de direito privado nessas relações.

Sob a ótica da Lei das Contratações Públicas (Lei Federal nº 14.133/2021), da Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995) e da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004), restou evidenciada a inexistência de vedação expressa ou limitação ao exercício do direito de retenção pelo particular em relação ao inadimplemento da Administração Pública, bastando para seu exercício a existência dos requisitos autorizadores do exercício do direito de retenção.

Diferentemente não é a aplicabilidade do direito de retenção nos contratos de concessão, quando o inadimplemento da Administração Pública advém da omissão

ou negativa em relação à concessão de reajustes tarifários e quando o contrato de concessão chega ao seu termo.

Sendo assim, a presente pesquisa evidenciou identidade na aplicação do instituto do direito de retenção tanto no âmbito do direito privado quanto no âmbito do direito público, reconhecendo a sua aplicabilidade, inclusive, nos contratos de concessão e, também, em relação aos bens reversíveis afetados pelo serviço público e na inadimplência decorrente da não aplicação de reajustes tarifários pelo Poder Concedente.

The right of retention in the private and administrative contracts: applicability, limits, and identity

Abstract: This paper establishes as problem answer how the applicability and limits for the exercise of the right to retention in case of contractual default, as well as identify the similitudes of the applicability in Private and Public contracts. Therefore, will examine (i) the Jus retentionis in the private law; and (ii) the applicable of the Jus retentionis in the public contracts, with the proposal to identify similitudes and difference of the applicability in public contracts and, especially, in regarding the concession contracts in the case of noncompliance in regard tariff adjustments.

Keywords: Jus retentionis. Private agreements. Public contracts. Concession contracts. Reversionary property. Tariff adjustments.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LASTRA, Camila Fernandes; DUTRA, Luciene Dias Barreto Salvaterra. Direito de retenção nos contratos privados e nos contratos administrativos: aplicabilidade, limites e identidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 39-64, out./dez. 2024.

Recebido em: 14.06.2024

Aprovado em: 10.08.2024