

# INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

## CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Julgado em

29/09/1976

### EMBARGOS OFERECIDOS EM SUA DEFESA — DISPENSA

#### RESUMO

- ... O autor, vencido na ação de rescisão de compromisso, opôs embargos de retenção por benfeitorias, sem a outorga uxória. Entretanto, poderia fazê-lo, autorizando-o a índole da ação incidental, espécie de embargos de terceiro, segundo AMÍLCAR DE CASTRO. - Não versava sobre imóvel o direito real, justificando a remissão ao artigo 10 do CPC. Segundo TORNAGHI, o consentimento da esposa é necessário quando se discute direito real, ou a posse de coisa (cf. "Comentários ao Código de Processo Civil"), hipótese não registrada no caso, onde se reclama indenização. - Entretanto, a matéria, polêmica, exige fundamentação. O "jus retentionis" é considerado por alguns, direito real. Assim, marca-o o magistério de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, "O Direito de Retenção", pág. 264; CARNEIRO PACHECO, "Do Direito de Retenção na Legislação Portuguesa", pág. 40, e outros, assinalados por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no seu "Curso de Direito Civil", 1975, ed. Saraiva, pág. 13, nota 11. - O legislador brasileiro não o elevou expressamente, a essa categoria; afina-se melhor com a exceção "non adimpleti contractus", conforme confronto que ALEX WEILL fez de ambas no seu "Droit Civil - Les Obligations", Dalloz, n. 468, nota 4. Os institutos referidos têm base comum: visam "conserver ce que l'on doit, afin de garantir ce qui est du (cf. ALEX WEILL, loc. Cit.). Distingue-se, entretanto na exceção, a prestação retida tem vínculo jurídico, com a prestação esperada; na retenção, o crédito do retentor está ligado materialmente à coisa - "cum re junctum". Todavia, este fato não gera direito real para o retentor; falta-lhe o direito de seqüela na observação de PLANIOL ("Traité Elementaire de Droit Civil", vol. 2/871 ). Assim, não sendo direito real, mas garantia (RT 392/207) - meio de defesa (TITO FULGÊNCIO, "Da Posse e das Ações Possessórias", pág. 171), a outorga uxória era dispensável. - Entretanto, o ato de reintegração contra o qual se opôs o embargo, decorreu de ação promovida pelo apelante e sua esposa. Ostentando ambos a condição de exeqüentes, o incidente envolve esta última, que deveria ser citada. - Houve violação do nº. II do parágrafo único do artigo 10 do CPC (sic): "Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: II - resultante de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles". - Ante o exposto, rejeitada a primeira preliminar, acolhe-se a segunda, para anular o processo, devendo ser citada a esposa do embargado, abrindo-lhe prazo para impugnação. - Daí o provimento do recurso. Julgado em 30-09-1976 Revista dos Tribunais, Fevereiro, 1977. Vol. 496. Pág. 141 EMENTÁRIO FORENSE. Janeiro, 1978. Ano XXX. Nº 350

#### EMENTA

Não sendo os embargos de retenção por benfeitorias um direito real, mas garantia, meio de defesa, é dispensável a outorga uxória a favor do embargante, devendo, todavia, ser citada a mulher do embargado.

#### NOTA DA REDAÇÃO

RT